J. Rom M. Albert
2n

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Ueber das interdictum uti possidetis der Römer,

als die

Grundlage zur richtigen Erkenntniß

des

heutigen, sogenannten

possessorium summariissimum

und

possessorium ordinarium.

Von

Carl Albert,

Regierungsrath in Bernburg.

Halle,

in der Rengerschen Verlags-Buchhandlung

1824.

81. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Dem

Herrn

Dr. Friedrich Carl v. Savigny,

Königl. Preußischem Geheimen-Oberrevisionsrath, ordentlichem Professor der Rechte zu Berlin, und ordentlichem Mitgliede der Akademie der Wissenschaften daselbst,

ehrfurchtsvoll gewidmet

von

dem Verfasser.

Vorbericht.

Niemand kann in Abrede seyn, daß die Begriffe von dem heutigen sogenannten possessorium summariissimum (summarium) und dem sogenannten possessorium ordinarium, ihrer theoretischen und practischen Wichtigkeit ungeachtet, ganz und gar nicht feststehen, und daß eine wissenschaftliche Darstellung derselben bis jetzt noch gänzlich ermangelt. Der Mangel einer wissenschaftlichen Begründung dieser possessorischen Rechtsmittel muß bei Anwendung derselben im praktischen Leben sehr nachtheilig einwirken; er ist aber auch selbst in legislativer Hinsicht von den nachtheiligsten Folgen, da, so lange die Begriffe dieser Rechtsmittel durch die Doktrin nicht gehörig aufgehellt sind, auch nicht einmal eine rationelle Legislation in Betreff dieses Gegenstandes möglich ist — was durch die Erfahrung genugsam bestätigt wird. — Sollen nun diese Begriffe die gehörige Vollständigkeit und die erfoderliche Schärfe und Bestimmtheit erlangen, soll überhaupt eine gründliche Erkenntniß der Gegen-

stände derselben verschafft werden, so ist durchaus erfoderlich, zuvörderst von dem Schutze, welchen das römische Recht dem Besitzer gegen Störungen in seinem Besitze gewährt, besonders zu handeln. Denn die Rechtssätze, welche das römische Recht in dieser Hinsicht aufstellt, sind die Basis, worauf das possessorium summariissimum und ordinarium beruhen, sie enthalten gleichsam das regressive Princip, die erste gewisse Erkenntniß, womit eine wissenschaftliche Darstellung des possessorium summariissimum und ordinarium beginnen muß, so daß von diesen beiden ohne eine vorgängige besondere Erörterung jener Rechtssätze nur eine oberflächliche und seichte Erkenntniß entstehen kann.

Bei der sonach vor allen Dingen erfoderlichen besonderen Erörterung der bei den Römern hinsichtlich der Conservation des Besitzes verstatteten Rechtsmittel, müssen diejenigen Rechtsmittel, welche die Erhaltung des Besitzes körperlicher Sachen betreffen, und die Rechtsmittel, welche sich auf die Erhaltung des Besitzes unkörperlicher Sachen beziehen, ebenfalls abgesondert betrachtet und abgehandelt werden; denn sie beruhen größtentheils auf verschiedenen Grundsätzen, so daß eine Vermengung dieser Gundsätze Verwirrungen herbeiführen muß.

Der Verfasser, von diesen Ansichten ausgehend, hat daher versucht, für jetzt vor Allem das Rechtsmittel welches zur Erhaltung des Besitzes unbeweglicher Sachen im römischen Rechte angeordnet ist, mit andern Worten, das interdictum uti possidetis in seiner wahren gesetzlichen Gestalt, zu dem ebengedachten Behufe zu bearbeiten. Er hat versucht, die Theorie der Classiker über diesen Gegenstand, aus den einzelnen Sätzen, welche die Quellen darbieten, zu erforschen, die Grundbegriffe dieser Theorie, ohne welche es dem Ganzen an Zusammenhaltung und Festigkeit fehlt, genau zu bestimmen, und die hieher gehörigen Erkenntnisse in einen harmonischen Zusammmenhang zu bringen.

Er hat sich dabei vorzüglich bestrebt, dem römischen Begriffe von possessio vitiosa (injusta) eine vollkommne intensive und extensive Deutlichkeit zu verschaffen, und die darauf sich beziehende Einrede zu erörtern, auch die Eigenschaft des interd. uti possid., als eines interd. duplex, ausführlich auseinander zu setzen. Der hauptsächlichste Grund, warum in Betreff dieses römischen Interdictes und des darauf sich gründenden poss. summ. und ordinar. noch so viele unrichtige Ansichten Statt finden, möchte gerade darin liegen, daß jene Punkte bisher nicht gehörig erörtert und festgestellt waren.

Indem der Verfasser diesen Versuch den Sachverständigen zur Prüfung übergiebt, spricht er bloß den Wunsch aus, daß seine wissenschaftlichen Bestrebungen im Ganzen nicht mißlungen seyn möchten.

Die Darstellung der Rechtsmittel des römischen Rechts zur Erhaltung des Besitzes unkörperlicher Sachen wird hoffentlich bald nachfolgen.

Wenn nicht außerordentliche Hindernisse eintreten, so wird der Verfasser in der Folge das possessorium summariissimum und ordinarium einer genauen Prüfung unterwerfen; er wird versuchen, diese Rechtsmittel bis zu ihrer Wurzel zu verfolgen, und nach historischer Ergründung des Stoffes das Wesen und die rechtliche Natur derselben vollständig zu entwickeln.

Bei Vorausschickung gegenwärtiger Abhandlung hat der Verfasser überdies die Absicht, die Urtheile prüfender Rechtsgelehrten darüber um desto eher zu erfahren, damit er auf diese Weise in den Stand gesetzt werde, bei der fernern Bearbeitung dieses Gegenstandes von denselben schon Gebrauch zu machen.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

I. Ueber die Staatshülfe im Allgemeinen, welche dem Besitzer körperlicher Sachen als solchem zu Theil wird §. 1—13.

II. Betrachtung der Selbstvertheidigung, welche dem Besitzer körperlicher Sachen als solchem zusteht §. 14—20.

III. Ueber die zum Besten des Besitzers körperlicher Sachen bestimmten interdicta retinendae und recuperandae possessionis im Allgemeinen §. 21—29.

Abhandlung.

Vorläufige Bemerkungen §. 30—33.

Erstes Kapitel.

Ueber die allgemeinen Bedingungen des interdictum uti possidetis.

I. Störung im Besitze §. 34—42.

II. Nur dem Besitzer in dem im §. 3. angegebenem Sinne und dem abgeleiteten Besitzer steht das interdictum uti possidetis zu §. 43—52.

Zweites Kapitel.

Ueber die dem interdictum uti poss. entgegenstehende Einrede: „der Kläger habe den Besitz auf eine mangelhafte Weise erlangt.“

I. Mangelhafter (unechter) Besitz possessio vitiosa (injusta). Erörterung und Exposition desselben. — Distinction desselben von ähnlichen oder verwandten Begriffen §. 53—67.

II. In wiefern dem Kläger die Unechtheit seines Besitzes exceptio possessionis vitiosae (injustae) entgegensteht? §. 68—77.

Anhang zu den bisher abgehandelten zwei Kapiteln.

I. Zusammenstellung der bisher entwickelten Bedingungen des interdictum uti possidetis §. 78—82.

II. Vorläufige Bemerkungen zum Verständnisse der nachfolgenden Betrachtungen §. 83.

Drittes Kapitel.

Ueber die Eigenschaft des interdictum uti possidetis, als eines interdictum duplex (mixtum) §. 84—115.

Vorläufige Bemerkungen §. 84—86.

A. Ueber den Fall, in welchem das Factum des Besitzes streitig ist §. 87—96.

B. Ueber den Fall, in welchem der Beklagte sich auf die quasi possessio eines Rechts beruft §. 97—105 b.

C. Ueber den Fall, in welchem der Beklagte behauptet, daß der Kläger mit Hinsicht auf ihn unechter Besitzer sey §. 106—107.

D. Noch einige allgemeine Bemerkungen über die Duplicität des interdictum uti possidetis §. 107—115.

Anhang zu diesem Kapitel.

Etwas über die Erklärung der Formel des prätorischen Edicts: uti possidetis etc. §. 116—121.

Viertes Kapitel.

Betrachtung des besondern Falles, in welchem das interdictum uti possidetis hauptsächlich als Vorbereitung und Einleitung der Eigenthumsklage vorkömmt. §. 122—131.

Fünftes Kapitel.

Ueber die Kraft und Wirkung des richterlichen Erkenntnisses im interdictum uti possidetis.

I. Worauf ist das Erkenntniß im interdictum uti possidetis insbesondere gerichtet? Nähere Betrachtung des provisorischen Rechtszustandes, welcher durch dasselbe hervorgebracht wird §. 132—138.

II. Ob und in wiefern gegen das im interdictum uti possidetis gefällte Erkenntniß Appellation Statt findet? §. 139—144.

III. Kann derjenige, welcher im interdictum uti possidetis obgesiegt hatte, dessen ungeachtet, wenn er nachher im Petitorium unterliegt, als Besitzer im bösen Glauben verurtheilt werden? §. 145—148.

Sechstes Kapitel.

Verschiedene noch hieher gehörige Erörterungen §. 149—168.

I. Ueber den Gerichtsstand, wo das interdictum uti possidetis anzustellen ist §. 150—153.

II. Ueber die Verhandlung des interdictum uti poss. und der Petitorienklage in abgesonderten Prozessen §. 154—155.

III. In wiefern geht das interdictum uti possidetis active oder passive auf den Erben? §. 156—163.

IV. Ueber die Verjährung des interdictum uti possidetis §. 164—168.

Ueber das

interdictum uti possidetis

der Römer.

Einleitung.

I. Ueber die Staatshülfe im Allgemeinen, welche dem Besitzer körperlicher Sachen als solchem zu Theil wird.

§. 1.

Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschluß Andrer zu verfügen, der hat sie inne (detinirt sie, hat sie in seiner Gewalt, seinem Gewahrsam); er ist ihr Inhaber (detentor).

Die Inhabung (Detention) ist daher derjenige Zustand einer Person, in welchem sie das physische Vermögen hat, über eine gewisse Sache ausschließlich zu verfügen [1]).

1) Die Gesetze bedienen sich zur Bezeichnung dieses physischen Zustandes, welcher an und für sich noch gar nichts Juristisches ist, der Ausdrücke: tenere, esse in possessione, detentatio; derselbe wird überdies durch den allgemeinen, mehrere Begriffe umfassenden Ausdruck: „possessio naturalis“ (l. 3. §. 3. §. 13. D. de possess.), auch

wohl durch „possessio“ schlechtweg bezeichnet (von Savigny Recht des Besitzes, Ausgabe 1818 §. 7. S. 78—79).

Die Griechen gebrauchen für diesen Begriff das Wort: κατοχή.

Die hier gegebenen Definitionen von den Wörtern: „Inhaber und Inhabung“ stimmen mit dem allgemeinen deutschen Sprachgebrauche völlig überein (Maaß Handbuch zur Vergleichung und richtigen Anwendung der sinnverwandten Wörter Th. 2. bei den Wörtern: Inhaber, Besitzer); sie entsprechen auch der im preußischen Landrechte Th. 1. Tit. 7. §. 1. vom Worte „Inhaber“ aufgestellten Definition. Andere Ansichten hat jedoch Lange (Philosophisch juristische Abh. über die Natur des Besitzes B. 1. §. 1. §. 11. §. 17. u. s. w.) aufgestellt. —

Noch muß erwähnt werden, daß der deutsche Sprachgebrauch eben so wie der römische den physischen Zustand der bloßen Inhabung auch durch Besitz im weitern Sinne bezeichnet (Maaß a. a. O. bei den Wörtern „Besitzen, Haben“ und bei den Wörtern „Inhaber, Besitzer“).

§. 2.

Tritt zu der Detention noch der Wille des Inhabers hinzu, die Sache als die seinige zu behalten (animus domini), so entsteht die eigentliche und engste juridische Bedeutung des Wortes „Besitz“ [1]), (possessio), welche der gegenwärtigen Abhandlung zum Grunde gelegt wird.

1) Dies bestätigen unter andern: l. 30. §. 2. D. de poss. (41, 2), l. 5. D. com. divid. (10, 5), l. 22. §. 1. D. de

noxul. actionib. (9, 4), l. 33. §. 1. D. de usurp. (41, 3), l. 2. C. de praesc. 30. 40 ann. (7, 39), l. 10. §. 5. D. de adquir. rer. dom. (41, 1), l. 13. §. 1. D. de public. in rem act. (6, 2), Theophilus in Paraph. gr. Lib. 2. Tit. 9. §. 4, Lib. 3. Tit. 29. §. 2. — Diesen Begriff bezeichnen die Griechen durch: νομή.

§. 3.

Unter Besitzer (possessor) wird daher hier vorzugsweise derjenige verstanden, welcher eine körperliche Sache mit der Absicht, sie als die seinige zu haben, im gesetzlichen Sinne inne hat [1]). — Ob derselbe die Sache in eigener Person detinirt, oder ein Andrer, z. B. der Pächter, der Miethsmann, der Depositar sie für ihn in Detention hat, macht dabei keinen Unterschied [2]).

1) Das österreichische Gesetzbuch hat auch den animus domini für ein wesentliches Merkmal des Begriffs von Besitzer erklärt (§. 309); nicht minder geht das französische Civilgesetzbuch vom nämlichen Gesichtspunkte aus (art. 2228. verglichen mit art. 23. des Code de procédure civile, siehe auch Plank Lehre vom Besitze nach den Grundſ. des franzöſ. Civilr. §. 2); das preuß. Landrecht nennt ebenfalls nur denjenigen einen vollständigen Besitzer, welcher eine Sache als eigen besitzt. (Th. 1. Tit. 7. §. 7.). Selbst der deutsche Sprachgebrauch stimmt damit überein, denn nach demselben findet zwischen Inhaber und Besitzer in engerer und gewöhnlicher Bedeutung gleichfalls der Unterschied Statt, daß bei dem letztern noch die Absicht hinzutritt, die Sache für sich zu behalten. Siehe Handbuch zur Verglei-

chung und richtigen Anwendung der sinnverwandten Wörter von Maaß Th. 2. S. 208.

Vom Besitzer in diesem Sinne wird daher auch vorzugsweise das lateinische possidere und das deutsche besitzen gebraucht. Die Griechen haben zur Bezeichnung der Begriffe „Besitzer und besitzen in diesem Sinne" die eigenen Ausdrücke:

νεμομένος, νέμεσθαι, νέμομαι. —

(Theophilus de interd.) Das, was jemand besitzt, wird in den Gesetzen häufig durch suum ausgedrückt, indem das suum keineswegs ausschließlich vom Eigenthume gebraucht wird. Es werden in gegenwärtiger Abhandlung mehrere Gesetzstellen vorkommen, in welchen das suum vom Besitze gesagt wird (§. 35. §. 37. §. 105. Anmerk. 1).

2) l. 18. pr., l. 3. §. 12., l. 9. l. 25. §. 1. D. de posses. (41, 2), l. 1. §. 22. D. de vi (43, 16), §. 5. J. de interd. (4, 15). Possidet, sagt Celsus, (in der angeführten l. 18. pr. de posses.) cujus nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium. Daher wird derjenige, welcher die Sache für den Besitzer detinirt, der Stellvertreter, Repräsentant desselben (minister possessoris) genannt; er erscheint als eine bloße Mittelsperson mit Hinsicht auf den eigentlichen Besitzer.

§. 4.

Es gehören demnach zum Begriffe des Besitzes in eigentlicher und engster Bedeutung des Wortes besonders folgende zwei constitutive Merkmale: 1) die Detention der Sache; 2) die Absicht, sie als Eigenthümer zu behandeln (animus domini).

Diese beiden ursprünglichen Merkmale beruhen auf etwas Factischem: der Besitz an sich ist also hauptsächlich ein Factum, ein factisches Verhältniß, worin eine Person zu einer gewissen [1]) körperlichen Sache steht. Die Gesetze nennen den Besitz auch ausdrücklich res facti, causa facti [2]); sie sagen von demselben: plurimum facti habet [3]).

1) Nach l. 3. §. 2, l. 26. D. de poss. (41, 2), l. 32, §. 2. D. de usurp. et usucap. (41, 3) läßt sich an einem ungewissen Objecte kein Besitz denken.

2) l. 1. §. 3. §. 4, l. 29. D. de poss. (41, 2), l. 19. D. ex quib. caus. major. (4, 6), l. 12. §. 2. D. de captiv. (49, 15).

3) l. 19. D. ex quib. caus. major. (4, 6).

Das factische muß auf beide so eben gedachten grundwesentlichen Merkmale bezogen werden: das Inhaben ist etwas factisches, dies leuchtet in die Augen; das Nämliche gilt aber auch vom animus domini, denn die quaestio voluntatis wird von den Gesetzen für eine quaestio facti allerdings erklärt (l. 11. §. 12. D. de legat. III). Es steht l. 20. pr. D. de adquir. vel omitt. heredit. der letztern Behauptung nicht entgegen, da Ulpian, indem er hier sagt:

— pro herede autem gerere non esse facti quam animi —

bloß andeuten will, daß, wenn eine gestio pro herede angenommen werden soll, es nicht nur auf die Handlungen, sondern auch auf die Absicht ankomme, in welcher sie unternommen worden sind.

§. 5

Das Factum des Besitzes wird durch die Gesetze häufig ergänzt (possessio ficta, impropria, interpretativa, Mentalbesitz), wogegen aber auch die Gesetze zuweilen jemanden nicht als Besitzer anerkennen, ob er gleich die Sache mit der Absicht, sie als die seinige zu behalten, körperlich inne hat [1]). Dahin zielt Papinian [2]), indem er sagt:

> plurimum ex jure possessio mutuatur; possessio non tantum corporis sed et juris est.

Dieser wesentliche Einfluß, welchen positive Normen auf die Beurtheilung des Daseyns eines Besitzes äußern, mußte in der im §. 3. gegebenen Nominaldefinition von „Besitzer" ebenfalls mit angedeutet werden [3]), weil sonst diese Definition theils zu weit, theils zu enge seyn würde [4]).

1) Siehe Savigny a. a. O. §. 5. S. 27. Glück Erläuter. der Pand. Th. 2. §. 181. S. 527—548. Siehe zum Beispiel §. 17. §. 55. §. 67. dieser Abh.

2) l. 49. pr. D. de poss. (41, 2) l. 49. §. 1. D. eod.

3) durch den Ausdruck: „im gesetzlichen Sinne inne hat." Die im vorhergehenden §. angegebenen ursprünglichen Merkmale des Besitzes werden daher näher dadurch bestimmt, daß sie in Detention im Sinne der positiven Gesetze, und in affectus domini im positivrechtlichen Sinne bestehen.

4) Die weitere Erörterung der rechtlichen Vorschriften, durch welche das Factum des Besitzes auf diese Weise modificirt

wird, gehört in die Lehre vom Besitze überhaupt; siehe besonders Cuperi select. obs. de natur. poss. P. I. cap. 5. 6. Die Gesetze haben aber dabei das ursprüngliche factische Verhältniß, welches dem Besitze zum Grunde liegt, nie aus den Augen verloren, wovon besonders auch l. 5. §. 5. D. de poss. ein Beispiel giebt in den Worten:

non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto: vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. —

§. 6.

Das factische Verhältniß, worin der Besitz besteht, beruht vorzüglich auf der physischen Möglichkeit, über eine Sache ausschließlich zu verfügen.

Da nun das Eigenthum die rechtliche Möglichkeit ist, auf eine Sache nach Willkühr einzuwirken, und jeden Andern vom Gebrauche derselben auszuschließen: so ist der Besitz der natürliche Zustand, welcher dem Eigenthume, als einem rechtlichen Zustande, entspricht.

§. 7.

Die Gesetze haben nun ausdrücklich verordnet, daß der Besitz, als ein abgesonderter, für sich bestehender factischer Zustand betrachtet, und als solcher vom Eigenthume unterschieden werden soll:

es heißt in l. 1. §. 2. D. uti possid. (43, 17):

separata esse debet possessio a proprietate —

in l. 12. §. 1. De. de poss. (41, 2):
nihil commune habet proprietas cum possessione —

in l. 52. pr. D. de poss. (41, 2):
permisceri causas possessionis et usus fructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent [1].

1) So können, wie Ulpian (l. 1. §. 2. D. uti possid.) bemerkt, die Fälle eintreten: 1) jemand ist Besitzer (behandelt die Sache als Eigenthümer), ohne wirklicher Eigenthümer zu seyn, 2) jemand ist Eigenthümer, ohne Besitzer zu seyn, d. h. ohne die Detention der Sache im gesetzlichen Sinne weder unmittelbar noch mittelbar zu haben, 3) jemand ist Eigenthümer und Besitzer zugleich.

§. 8.

Die Gesetze haben mit dem bloßen Daseyn jenes factischen Zustandes an und für sich (also unter einstweiliger Abstrahirung von der Befugniß zum Besitze, jus possidendi), rechtliche Folgen verknüpft, indem sie den Besitz vor der Eigenmacht Andrer sicher gestellt wissen wollen, und daher dem Besitzer (abgesehen davon, ob er wirklich Eigenthümer ist oder nicht) wegen eigenmächtiger Eingriffe Andrer in seinen Besitz die Staatshülfe verheißen haben. So sagt Ulpian [1]) in Betreff der Sicherstellung des Besitzes unbeweglicher Sachen ganz im Allgemeinen:

denique Praetor possidenti vim fieri vetat.

So stellt auch Paulus [2]) den Satz auf:

qualiscunque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.

Der Besitzer hat mithin das Recht, von Jedem zu fodern, daß gegen seinen Besitz als solchen ohne Rücksicht auf die Rechtmäßigkeit desselben, keine Eigenmacht (vis) gerichtet werde [3]).

1) l. 1. §. 4. D. uti possid. (43, 17).

2) l. 2. D. uti poss.

3) Man hat hier absichtlich die Ausdrücke:

„Gewalt, gewaltsame Verletzung, Gewaltthätigkeiten" vermieden, und statt derselben die Ausdrücke:

„eigenmächtige Eingriffe, Eigenmacht" gebraucht, weil diese dem gesetzlichen Begriffe von „vis in allgemeiner Bedeutung" mehr zu entsprechen scheinen; siehe besonders l. 13. D. quod met. caus. (4, 2), l. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7), l. 11. D. de vi (43, 16). Es ist hier von eigenmächtigen Verletzungen des Besitzes im Allgemeinen, von Störungen des Besitzes in weiterer Bedeutung, die Rede; die verschiedenen Arten derselben werden nachher vorkommen.

§. 9.

Die Staatshülfe muß sonach dem Besitzer zu Theil werden, ohne daß er nöthig hat, zuvörderst den Rechtstitel seines Besitzes anzuführen oder nachzuweisen; es

kömmt bloß darauf an, daß er die Sache wirklich im gesetzlichen Sinne besitzt [1]). Selbst davon, ob er dabei wider sein besseres Wissen handelt, ob er bona vel mala fide besitzt, wird daher in der Regel [2]) einstweilen abgesehen. — Diese Staatshülfe wird auch keineswegs dadurch bedingt, daß der Besitz eine gewisse Zeit hindurch gedauert habe; es ist nur erfoderlich, daß er wirklich bestanden hat [3]).

1) actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei, quod possideat (l. 1. §. 6. D. uti possid.). Vergl. l. 1. §. 9. D. de vi (43, 16).

2) Eine Ausnahme kömmt bei demjenigen vor, welcher vi, clam, oder precario besitzt, da dieser gegen den, von welchem er auf diese mangelhafte Weise besitzt, durch das interdictum uti possidetis keinen Schutz erhält, was weiter unten ausführlich erörtert werden wird. Siehe vorläufig l. 2. D. uti poss.

3) Dahin deuten auch wohl die gesetzlichen Ausdrücke: „momentanea, momentaria possessio" gegenwärtiger Besitz (l. un. C. si de mom. poss. (7, 69), l. un. C. ubi de poss. (3, 16), l. 1. C. si per vim (8, 5), l. 8. C. unde vi (8, 4), l. 3. C. qui legit. pers. (3, 61). Westphal über die Arten der Sachen ꝛc. §. 249, siehe auch Stryk diss. de appellat. non suspens. (Hal. 1706) Cap. III. §. VIII. §. IX, wo unter andern gesagt wird: „optimum igitur est, ut per momentum intelligamus illud, quod in praesenti est, et per possessionem momentaneam ejusmodi possessionem, quae praesens momentum respicit i. e. quando quis de praesenti adhuc possidet, sed turbatus est in sua possessione etc. Nach dem ältern Rechte war in Ansehung der beweglichen Sachen possessio

majoris partis anni erfoderlich. (Savigny a. a. O. §. 39). Im neuern römischen Rechte wird aber der Besitz beweglicher Sachen eben so wie der Besitz unbeweglicher Sachen rechtlich geschützt (§. 22. §. 23. dieser Abh.), weswegen auch hier vom Schutze des Besitzes körperlicher Sachen im Allgemeinen die Rede ist.

§. 10.

Diese Staatshülfe stimmt mit folgenden in den römischen Gesetzen ausgesprochenen Grundsätzen zusammen:

Der Besitz muß geachtet werden, so lange ein Andrer kein Recht darauf dargethan hat; derjenige, welcher Ansprüche auf jemandes Besitz zu haben glaubt, soll dieselben vor der richterlichen Behörde geltend machen, er darf aber keine Eigenmacht (vis) ausüben, sondern er muß bis dahin, daß er sein Recht auf den Besitz nachgewiesen hat, den Besitzer in Ruhe lassen: optimum est, ut si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris, interim ille in possessione debet morari, tu petitor es [1]).

1) l. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7), desgleichen l. 8. D. eod., l. 5. D. de poss. (41, 2), l. 6. §. 2. D. de re judic. (42, 1). l. 9. C. solut. matrim. (5, 18), l. 9. C. de adq. et ret. poss. (7, 32), l. 13. D. quod met. caus. (4, 2), l. 8. D. de vi (43, 16), l. 33. D. de poss. (41, 2), l. 4. §. 26. D. de usurp. (41, 3), l. 1. §. 5. D. de excep. rei vend. (21, 3), l. 7. C. unde vi (8, 4) u. a. m.; siehe auch

Westphal a. a. O. §. 201. §. 202. und besonders Huber prael. ad J. d. interd. p. 2. p. 10.

§. 11.

Dieser dem Besitzer als solchem durch die römischen Gesetze verheißene Staatsschutz, der zum jus possessionis [1]) gerechnet wird, ist den Foderungen, welche die Vernunft an eine Gesetzgebung im Staate macht, ganz angemessen: eigenmächtige Verletzungen des Besitzes (Störungen des Besitzes in weiterer Bedeutung) können nicht geduldet werden, weil der Zustand der Menschen im Staate erst dadurch ein rechtlicher wird, daß Jeder sein Recht vor der richterlichen Behörde, nicht durch Selbsthülfe, geltend macht; Selbsthülfe würde die innere Sicherheit des Staates aufheben, also dem hauptsächlichsten Endzwecke der bürgerlichen Gesellschaft widerstreiten. Die Sicherstellung des Besitzes vor der Eigenmacht Anderer ist daher die nothwendige Folge des Verbotes der Privatgewalt, welches schon durch die gesunde Vernunft ausgesprochen, und im römischen Rechte besonders im neuern, mit aller Strenge anerkannt ist [2]).

1) Das jus possessionis bezeichnet das Recht, welches mit dem Besitze an und für sich verbunden ist; dasselbe darf mit dem Rechte zu besitzen (jus possidendi) nicht verwechselt werden. Savigny a. a. O. §. 1. S. 3. §. 5. S. 25., siehe auch preuß. Landr. Th. 1. Tit. 7. §. 134. §. 136.

2) Siehe Claproths Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß §. 2.

Der Satz:

daß der Staatsschutz, welcher dem Besitzer körperlicher Sachen als solchem gewährt wird, sich nicht sowohl auf die Vermuthung der Rechtmäßigkeit des Besitzes, als vielmehr auf das Verbot der Privatgewalt gründet —

wird sich weiter unten noch deutlicher ergeben (siehe vorzüglich §. 77.) Auch Theophilus scheint von diesem Satze auszugehen, indem er (de interd. pr.) sagt:

Ἡνίκα τοίνυν περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς μεταξὺ δύο τινων γίνεται φιλονεικίαι ἀπέρχονται πρὸς τὸν πραίτωρα, τοῦτο αὐτῷ διηγούμενοι, ἐπειδὴ συμβαίνει πολλάκις, καὶ φόνους πλημμελεῖσθαι, καὶ τραύματα ἐπάγεσθαι, καὶ πληγὰς ἐπιφέρεσθαι ἐν ταῖς τοιαύταις φιλονεικίαις.

§. 12.

Der Besitz wird hier bloß aus dem Gesichtspunkte betrachtet, daß er vor Eigenmacht (vis) gesichert werden soll. Ein anderer Gesichtspunkt, von welchem er auch vorzüglich wichtig erscheint, ist der, daß er durch Usucapion zum Eigenthume führt; in diesem Falle ist aber nicht mehr vom bloßen Factum des Besitzes die Rede, es müssen alsdann noch andre Bedingungen hinzutreten [1]. (§. 63).

1) In Ansehung der gesetzlichen Bestimmungen über die Subjecte und Objecte des Besitzes, über Erwerb und Verlust desselben u. s. w., verweist man auf die Lehre vom Besitze überhaupt.

§. 13.

Der Begriff des Besitzes wird auch auf unkörperliche Sachen bezogen, wodurch der Begriff von quasi possessio entsteht [1]; von diesem so genannten Besitze unkörperlicher Sachen, und von dem rechtlichen Schutze, welcher dabei Statt findet, wird indessen besonders gehandelt werden [2].

1) Siehe hierüber vorläufig Savigny a. a. O. §. 12.
2) Siehe den Vorbericht zu gegenwärtiger Abhandlung.

II. Betrachtung der Selbstvertheidigung, welche dem Besitzer körperlicher Sachen als solchem zusteht.

§. 14.

Da es zu den Urrechten des Menschen gehört, sich gegen Angriffe auf seine Person zu vertheidigen [1], diese aber selbst in dem Falle, wenn gegen Sachen, die er besitzt, eine in den Gesetzen verbotene Eigenmacht gerichtet wird, als angegriffen erscheint [2]: so ist der Natur der Sache nach die gewaltsame Vertheidigung des Besitzes als eine erlaubte Selbstvertheidigung anzusehen. Diese dem Besitzer zur Vertheidigung seines Besitzes zugelassene Gewalt kann zu der nach §. 11. verbotenen Privatgewalt keineswegs gerechnet werden, da sie nur darauf geht, diese abzuwenden, und nur gegen denjenigen gerichtet ist, welcher frevelnd das Verbot der Privatgewalt übertritt [3].

1) l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 3. D. de just. et jure (1, 1).

2) Groß Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft §. 146. Hug. Donelli Commentarii de jur. civ. Lib. 9. Cap. 9. §. 4.

3) Lange über die Natur des Besitzes B. 1. S. 156—158.

§. 15.

Nicht ohne Grund haben daher die römischen Gesetze die Befugniß des Besitzers, seinen Besitz mit Gewalt zu vertheidigen, für ein natürliches Recht (jus natura comparatum) erklärt [1]; sie enthalten über dieses Recht der Selbstvertheidigung folgende zu beachtenden näheren Bestimmungen:

1) l. 1. §. 27. §. 28. D. de vi (43, 16), l. 3. §. 9. eod., l. 1. C. unde vi (8, 4).

§. 16.

1) Selbst dann, wenn der Besitzer schon zurückgedrängt, und aus seinem Besitze bereits eigenmächtiger Weise gesetzt worden war, hat er noch das Recht, auf der Stelle den Versuch zu machen, dem Spolianten die Detention der Sache wieder zu entreißen [1]).

Gelingt ihm dieser Versuch der Wiedererlangung, so nehmen die Gesetze an, daß er den Besitz nie verloren hatte: denn der Versuch, die Detention der Sache auf der Stelle wieder zu erlangen, wird als ein fortgesetzter Act der Selbstvertheidigung ange-

sehen — weßhalb es auch schlechterdings erforderlich ist, daß der Angreifer sogleich (ex continenti in ipso congressu) wieder verdrängt werde, es darf dies nicht nachher (ex intervallo) geschehen [2]), sonst ist es nicht mehr Selbstvertheidigung sondern Selbsthülfe, welche zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung verboten ist.

1) l. 3. §. 9. l. 17. D. de vi (43, 16), l. 18. §. 3. D. de poss. (41, 2), Savigny a. a. O. §. 40. S. 458, Westphal a. a. O. §. 207.

2) ἐκβληθέντα εὐθὺς ἀντεκβαλεῖν· οὐ μέντοι μετὰ διωρίαν, sagen die Basiliken.

§. 17.

2) Wenn jemand die unbewegliche Sache, welche ein Andrer besitzt, heimlich occupirt hat, so ist dem bisherigen Besitzer verstattet, sobald er diese Occupation erfährt, den heimlich Eingedrungenen mit Gewalt wieder zu vertreiben [1]).

Die Gesetze nehmen an, daß der Besitzer durch jene von dem Andern unternommene heimliche Einnahme des Grundstücks den Besitz noch nicht verloren hat [2]), daß es also als eine Vertheidigung des noch fortbestehenden Besitzes anzusehen ist, wenn der Besitzer den Occupanten (sofort nach ihm zugekommener Kunde von dessen Anmaßung) mit Gewalt wieder zu vertreiben sucht [3]); der bisherige possessor muß aber, wie gesagt, den Entschluß zu diesem Vertreiben auf der Stelle fas-

sen, wo er von der heimlichen Occupation in Kenntniß gesetzt wird, und zwar aus dem nämlichen Grunde, aus welchem nach dem vorigen §. der verdrängte Besitzer nur auf frischer That (ex continenti), und nicht nachher (ex intervallo), den Spolianten wieder verdrängen konnte.

1) l. 3. §. 7. §. 8. l. 6. §. 1. l. 7. l. 18. §. 3. §. 4. l. 25. §. 2. l. 46. D. de poss. (41, 2). Savigny a. a. O. §. 11. S. 158. §. 31. S. 353.

2) Es wird nämlich bei Grundstücken der Besitz solo animo erhalten: §. 5. J. de interd. (4, 15), l. 3. §. 11. l. 30. §. 5. l. 44. §. 2. in fin., l. 46. D. de poss. (41, 2), l. 3. §. 8. D. eod., l. 1. §. 25. D. de vi (43, 16), l. 4. C. de poss. (7, 32).

3) Nur dann, wenn dieser Versuch fehl schlägt, wird der Besitz erst verloren (Savigny §. 31. S. 364. §. 40. S. 459—460). Dagegen wird durch heimliches Entreißen der Besitz beweglicher Sachen allerdings sofort verloren (l. 15. D. de poss.), weßwegen dieser §. bloß von der Vertheidigung des Besitzes unbeweglicher Sachen handelt.

§. 18.

3) Zur Vertheidigung des Besitzes gehört auch die eigenmächtige Zerstörung eines auf dem Grundstücke, das ich besitze, von einem Andern angelegten neuen Werkes. Nur muß diese Zerstörung ebenfalls auf frischer That (in continenti) geschehen 1).

1) Die weitere Ausführung und nähere Bestimmung dieses Rechtssatzes liegt außerhalb der Sphäre gegenwärtiger Ab-

handlung, man verweist daher nur auf l. 20. §. 1., l. 22. §. 2. D. quod vi aut clam (43, 24), l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 27. pr. D. de S. U. P. (8, 2), l. 7. §. 5, D. quod vi aut clam (43, 24), l. 3 §. 9. D. de vi (43, 16); Danz Grundſ. des gem. ord. bürgerl. Proz. §. 3, Claproth a. a. O. §. 3., Leyser spec. 426. m. 2. 3. 4., Thibaut Pand. R. §. 322, Schweppe Röm. Privatr. §. 571. — Merkwürdig ist insbesondere die Vorschrift der l. 29. §. 1. D. ad l. A., nach welcher die eigenmächtige Destruction eines widerrechtlich angelegten projecti nicht erlaubt ist, während daß ein durch das Gebäude des Andern gezogener aquaeductus, desgleichen ein in die Wand des Andern eingeschobener Balken allerdings eigenmächtig zerstört werden können (l. 27. pr. de S. U. P.). Siehe zugleich Glück Erläuter. der Pand. Th. 10. §. 668. S. 75—76.

§. 19.

Bei der Selbstvertheidigung, welche in den angeführten Fällen Statt findet, und zur Nothwehr (moderamen inculpatae tutelae) gerechnet wird, darf indessen nicht mehr Gegenwehr angewandt werden, als zur Abwendung der Eigenmacht des Andern nothwendig ist. Nur die schicklichen und nothwendigen Vertheidigungsmittel stehen dem Besitzer zu Gebote, überschreitet er diese, so entstehen Excesse in der Selbstvertheidigung, welche strafbar sind [1]).

1) l. 1. C. unde vi (8, 4), arg. leg. 5 pr. l. 52. §. 1. l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (9, 2); Thibaut a. a. O. §. 59, Claproth a. a. O. §. 3. S. 12; Donellus a. a. O. Lib. 9. Cap. 9. §. 4.

In dem preußischen Landrechte ist das Recht der Selbstvertheidigung in den erwähnten drei Fällen nicht geradezu verstattet, es verlangt außerdem a) daß die richterliche Hülfe zu spät kommen möchte, b) daß ein unwiederbringlicher Schade entstehen würde (Th. 1 Tit. 7. §. 141. §. 142. §. 143, Einleit. §. 78): das preuß. Landr. kennt also hiebei keinen Unterschied zwischen Selbsthülfe und Selbstvertheidigung, es hat der letztern eben so enge Schranken wie der erstern gesetzt; das österreichische G. B. verordnet dagegen (§. 344): „zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, daß die richterliche Hülfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben.“

§. 20.

Diese Selbstvertheidigung, welche als außergerichtliches Schutzmittel dem Besitzer zugelassen ward, kann in mehr als einer Hinsicht demselben nicht genügen: denn

1) werden die Kräfte des Besitzers oft nicht zureichen, sich in seinem Besitze zu behaupten, so daß er unterliegt, und seines Besitzes völlig entsetzt wird;

2) wenn er sich aber auch für jetzt noch durch eigene Kräfte im Besitze erhalten hat, so würde doch diese Manutenenz immer nur sehr precär seyn, sofern er keines öffentlichen Schutzes genösse.

Da nun überdies die Selbstvertheidigung zu Gewaltthätigkeiten führen kann, diesen aber so viel als

möglich von Staatswegen vorgebeugt werden muß: so ward der Gesetzgeber in aller Hinsicht aufgefordert, dem Besitzer das Erlangen der Staatshülfe zu erleichtern, und demselben zu diesem Behufe alle erforderlichen gerichtlichen Schutzmittel zu verleihen. —

Daher hat auch das römische Recht zur Erlangung der dem Besitzer als solchem nach §. 8—11. verheißenen Staatshülfe eigene Rechtsmittel geschaffen, welche zuvörderst im Allgemeinen zu betrachten sind.

III. Ueber die zum Besten des Besitzers körperlicher Sachen bestimmten inderdicta retinendae und recuperandae possessionis im Allgemeinen.

§. 21.

Die eigenmächtigen Eingriffe Anderer in den Besitz (eigenmächtige Verletzungen des Besitzes, Störungen des Besitzes in weiterer Bedeutung), von welchen in den §. 8—11. die Rede war, sind hinsichtlich des Erfolgs von zweierlei Art; sie bestehen entweder in

einer bloßen Störung des Besitzes, in sofern sie denselben nicht gänzlich aufheben (vis turbativa, inquietativa) Besitzstörung im engern Sinn,

oder in

einer wirklichen Besitzentziehung, in sofern der Besitzer seines Besitzes völlig entsetzt wird (vis expulsiva, vis ablativa).

Im erstern Falle findet ein Rechtsmittel auf Conservation des Besitzes (auf Schutz im Besitze) remedium retinendae possessionis, im letztern aber ein Rechtsmittel auf Wiedererlangung des Besitzes, remedium recuperandae possessionis, Statt.

Ulpian [1]) hat diese beiden Fälle genau von einander unterschieden, indem er sagt:

> Et (ut Pedius ait) omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus.

1) l. 1. §. 4. D. uti possidet. (43, 17).

Zachariä (in den Institutionen des römischen Rechts (Breslau 1816.) S. 847. Anmerk.) behauptet:

„daß Besitzstörung und Besitzentziehung viel zu „vage Begriffe seyen, und zu sehr in einander eingriffen, „als daß es wahrscheinlich wäre, der Prätor werde auf „ihren Unterschied allein, oder doch vorzugsweise den Un„terschied zwischen zwei Hauptclassen possessorischer Inter„dicte gebaut haben."

Diese Behauptung steht mit der deutlichen Vorschrift der Gesetze in Widerspruch. Es ist auch keineswegs gegründet, daß die Begriffe „Besitzstörung und Besitzentziehung" keiner strengen Bestimmung fähig wären, denn beide verhalten sich zu einander wie Artbegriffe von dem Begriffe „Eigenmacht (vis) in allgemeiner Bedeutung", es ist bei ihnen keine vorherrschende Gleichheit in den Merkmalen

vorhanden, sie sind nur in sofern verwandt (homogen), als sie unter einerlei Gattungsbegriffe stehen. Dies haben überdies die neueren Gesetzgebungen ausdrücklich anerkannt. So unterscheidet das preußische Gesetzbuch ebenfalls zwischen bloßer Störung im Besitze und Besitzentsetzung (Th. 1. Tit. 7. §. 146—154); das Nämliche thut das österreichische G. B. §. 339; auch nach dem französischen Gerichtsbrauche heißt die Possessorienklage wegen Besitzstörung: „complainte," und wegen Besitzentziehung: „réintégrande" (Delaporte Comment. sur le Code de procéd. civ. art. 23).

§. 22.

Es giebt nach dem ältern römischen Rechte in Betreff der körperlichen Sachen ein doppeltes remedium retinendae possessionis, nämlich das interdictum uti possidetis für Immobilien [1], und das interdictum utrubi für bewegliche Sachen [2]; das letztere ist aber in der Justinianischen Gesetzgebung dem ersteren ganz gleich gesetzt worden [3].

1) l. 1. pr. §. 1. §. 6 §. 8. D. uti possid. (43, 17).

2) l. un. pr. §. 1. D. de utrubi (43, 31).

3) §. 4. J. de interd. (4, 15).

§. 23.

Zur Wiedererlangung des durch Entsetzung (Dejection) aufgehobenen Besitzes eines Grundstücks findet nach dem römischen Rechte als remedium

recuperandae possessionis das interdictum unde vi Statt [1]), welches durch das canonische Recht unter der Benennung „remedium spolii" gewisser Maßen erweitert worden ist [2]).

1) §. 6. J. de interd. Savigny a. a. O. §. 40.

Obgleich das interdictum unde vi nur zur Wiedererlangung des Besitzes der Grundstücke bestimmt ist, indem sonst bei beweglichen Sachen statt dieses Interdicts actio furti, actio vi bonorum raptorum und actio ad exhibendum eintrat, so leidet es doch wohl keinen Zweifel, daß nach dem neuern römischen Rechte auch bei beweglichen Sachen der gewaltsam entzogene Besitz des bisherigen bloßen Besitzes willen wiederhergestellt werden mußte.

Die Behauptung, daß das interdictum unde vi nachher wirklich auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden sey, hat Savigny in der 4ten Ausgabe §. 40. S. 408—413. ausführlich gegen Thibaut vertheidigt.

2) Savigny a. a. O. §. 50.

Die eigenmächtige Entwährung beweglicher oder unbeweglicher Sachen ist überdies im neuern römischen Rechte so verpönt, daß der wahre Eigenthümer, welcher sich eine Besitzentsetzung erlaubt, mit dem Verluste des Eigenthums, der Nichteigenthümer aber, welcher sich derselben schuldig macht, mit Herausgabe der Sache und noch außerdem mit Erstattung ihres Werths zum Vortheil des Angegriffenen bestraft wird. (l. 7., l. 10. C. unde vi (8, 4.), l. 13. D. quod met. caus. (4, 2), l. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7), Nov. 60. c. 1).

§. 24.

Bestimmt man den Begriff von „possessorischen Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne des Wortes“ auf die Weise:

es sind Klagen, welche sich auf eine eigenmächtige Verletzung des bloßen Besitzes des Klägers gründen, und zum jus possessionis gehören —

so sind die so eben genannten interdicta retinendae und recuperandae possessionis der Römer zu den possessorischen Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne des Wortes ohne Zweifel zu rechnen, denn sie haben das Eigenthümliche, daß sie bloß Besitz und eine gegen denselben gerichtete Eigenmacht (vis) zu ihrer Begründung erfordern; sie haben ihren letzten Grund darin, daß die Gesetze dem Besitzer als solchem die Staatshülfe verleihen.

§. 25.

Diese possessorischen Rechtsmittel im eigentlichen Sinne des Wortes, sie mögen nun auf Erhaltung eines gestörten Besitzes, oder auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes abzwecken, sind in gewisser Rücksicht persönliche Klagen: denn sie setzen unerlaubte eigenmächtige Handlungen eines Andern (Delicte) voraus, durch welche dieser dem Besitzer verpflichtet wird [1]). Sie sind daher auch nur gegen den Thäter, d. h. gegen den unmittelbaren oder

mittelbaren Urheber der unerlaubten eigenmächtigen Handlungen, anwendbar — was **Paulus** [2]) ausdrücklich bestätigt, indem er lehrt:

> Cum a te vi dejectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit: non possum cum alio, quam tecum, Interdicto experiri 3).

1) l. 1. §. 3 D. de interd. (43, 1), **Savigny** a. a. O. §. 6. S. 31, **Glück** Erläuter. der Pand. Th. 2. §. 181. S. 550, **Thibaut** Pand. R. §. 309, **Schweppe** Römisch. Privatr. §. 557, **Cocceji** jus civ. controvers. Lib. I. Tit. 8. Qu. II. Wenn hier gelehrt wird, daß die possessorischen Klagen nur in **gewisser Rücksicht** persönliche Klagen sind, so bezieht sich dies darauf, daß die possessorischen Klagen **übrigens** eine ganz besondere Gattung von Klagen ausmachen, und als solche dem **petitorium in weiterer Bedeutung** entgegengesetzt werden, in welchem das Recht auf den Besitz (jus in re und jus ad rem) ausgeführt wird (§. 8—10. §. 26. §. 29. §. 137)

Man wollte daher durch jenen Ausdruck einer Verwechslung mit den zum **Petitorium** gehörigen persönlichen Klagen vorzubeugen suchen.

Auf diese Weise erledigt sich auch der Einwand von selbst, welchen **Kori** (Theorie der Sächsisch. summar. Proc. Th. 2. Kap. 11. §. 116. Anmerk. 19) hiebei aufstellt, indem er sagt:

„Besitzklagen können als persönliche um deswillen nicht „angesehen werden, weil die ganze Eintheilung der Kla„gen in persönliche und dingliche bloß **auf das Recht** „**selbst** geht, und lediglich petitorische Klagen zum Ge„genstande hat, ohne sich auf bloße Besitzstreitigkeiten zu „erstrecken."

2) l. 7. D. de vi (43, 16).

3) Nur in dem Falle tritt nach dem canonischen Rechte eine Ausnahme ein, wenn ein Dritter, mit dem Spolium bekannt, die Sache an sich brachte: hier wird auch gegen diesen Dritten die Spolienklage zugelassen c. 18. X. de restit. spoliat.

§ 26.

Da bei diesen possessorischen Rechtsmitteln der Rechtspunkt noch gar nicht zur Sprache kömmt, indem weder der Besitzer, welcher die Staatshülfe gegen die eigenmächtigen Eingriffe anspricht, seinen Besitztitel darzuthun braucht (§. 8 §. 9.), noch der Angreifer seine Eigenmacht durch Vorschützung oder Nachweisung eines Rechts auf den Besitz zu rechtfertigen vermag, weil er diesen Punkt besonders ausführen muß (§. 10): so zwecken diese Rechtsmittel im Allgemeinen lediglich dahin ab:

> daß die gegen den Besitz gerichtete Eigenmacht für die Zukunft verhütet, und die durch diese Eigenmacht bereits hervorgebrachte Wirkung aufgehoben werde. (Der bloß gestörte Besitz wird vor künftigen Beeinträchtigungen gesichert, der entzogene Besitz wieder hergestellt).

Ueber das Recht zum Besitze selbst wird an und für sich [1]) dabei nichts bestimmt, man kann also auch sagen: dieselben bezwecken in dieser Hinsicht einen bloßen provisorischen Zustand 2), da sie dem Ueberwundenen noch eine Betretung des ordentli-

chen Rechtsweges (petitoria actio, s. g. petitorium) übrig lassen, in welchem das Recht zu besitzen (jus possidendi) förmlich untersucht, und ein peremtorischer Zustand festgesetzt wird [3]).

1) Daß wegen der eigenmächtigen Dejection nach §. 23. n. 2) das etwaige Eigenthum des Dejicienten verloren geht, und auf den Entsetzten kömmt, beruht auf einer besondern gesetzlichen Bestimmung und auf besonderm Antrage; es fließt dies nicht aus der Natur des interdictum de vi an und für sich.

2) Deshalb können aber diese possessorischen Rechtsmittel nicht als provisorische Vindicationen betrachtet werden (Savigny a. a. O. §. 36.). Nur mit Hinsicht auf den ordentlichen Rechtsweg, welcher dem Ueberwundenen noch offen steht, wird hier ein provisorischer und peremtorischer Rechtszustand angenommen.

3) Coccejus a. a. O. drückt dies so aus:
quod factum possessionis interim saltem defendatur, donec de jure possidendi constet —
ita et possessio interim, donec de jure constet, peculiaribus remediis defendatur — remedia dantur pro possessione, ut nimirum interim, donec de jure appareat, tanquam jus defendatur. — Siehe auch Huber a. a. O. p. 2. p. 10.

§. 27.

Diese Rechtsmittel verdanken ihren Ursprung dem römischen Prätor [1]), sie werden daher auch zu den prätorischen Klagen gerechnet, und als solche noch in der Justinianischen Gesetzgebung betrachtet [2]). Den Namen „Interdicte" erhielten sie wegen der ursprüng-

lich dabei Statt findenden besondern Proceßform, welche von derjenigen, die bei den eigentlichen actionibus angewandt ward, in gewisser Hinsicht [3]) verschieden war.

1) Siehe Festus de Verbor. signific. Voc. Possessio; Cujacius in Prolegom. ad Tit. Cod. de adquir. et retin. Poss. Oper. Tom. IX; Savigny a. a. O. §. 12. a

2) Die Ansicht des Besitzes, welche jenen Interdicten zum Grunde lag, ist überhaupt in Justinians Gesetzgebung im Ganzen dieselbe geblieben. Savigny a. a. O. §. 43.

3) Savigny a. a. O. §. 34. S. 401—404, besonders die Zusätze in der neuen Ausgabe vom Jahre 1822, S. 349—350.

§. 28.

Den Römern gebührt die Ehre, diese possessorischen Rechtsmittel, welche ganz der Philosophie des Rechts entsprechen, erfunden und ausgebildet zu haben. Nach attischem Rechte erhielt der Besitz als solcher keinen Schutz; nach diesem Rechte mußte jeder Besitzer seinen Erwerbungstitel nachweisen; weder die δίκη καρποῦ noch die δίκη ἐξούλης können als eigentliche possessorische Rechtsmittel im Sinne des römischen Rechts betrachtet werden [1]). Eine Gesetzgebung, welche, wie die attische, die Befugniß gab, sich wegen judicatmäßiger Forderungen zu seiner Befriedigung factisch zu verhelfen [2]), konnte wohl auch nicht füglich darauf kommen, den Besitz, als factischen Zustand an und für sich, zu schützen [3]).

1) Hefftler Athenäische Gerichtsverfassung. S. 265. S. 380. S. 437. S. 459.

2) Hefftler a. a. O. S. 454. Dies widersprach offenbar dem Geiste des römischen Rechtes, welches verordnet:

non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi (l. 176. D. de reg. jur. (50, 17),

vergl. auch l. 6. §. 2. D. de re judic. (42, 1).

3) Doch finden sich bei den Locriern schon Spuren von einem Schutze des bloßen Besitzes, weil Zaleucus, der Gesetzgeber der Republik Locris, ein Schüler des Pythagoras, diesen Gegenstand in seiner Gesetzgebung mit berührt hatte. Siehe Polybius Histor. excerpt. Lib. 12.

§. 29.

Die interdicta retinendae und recuperandae possessionis, von welchen hier die Rede ist, kommen, wie wir gesehen haben, darin überein:

> daß sie sich auf einen Besitz gründen, gegen welchen Eigenmacht gerichtet ward;

beide Rechtsmittel stehen also zunächst unter einem Gattungsbegriffe, sie sind homogene Rechtsmittel. Diesen auf den Schutz des Besitzes körperlicher Sachen abzweckenden Interdicten (zu welchen auch das interdictum de precario gerechnet werden muß, da der Mißbrauch des precarii als eine gegen den Besitz gerichtete unerlaubte Eigenmacht angesehen wird [1]) sind diejenigen Interdicte, welche zum Schutze der Juris quasi possessio dienen, und deshalb auch interdicta retinendae possessionis genannt werden, nachgebil-

det worden [2]. — Dagegen stehen dieselben mit den übrigen Interdicten in keiner andern Berührung, als durch den gemeinschaftlichen Proceß [3]. Selbst mit den so genannten interdictis adipiscendae possessionis haben sie im Grunde nichts weiter gemein: denn bei diesen behauptet der Kläger weder jetzt zu besitzen, noch ehemals einen Besitz gehabt zu haben; es ist dabei von Verletzung des Besitzes durch Eigenmacht nicht die Rede. — Daher können auch nur das interdictum uti possid., das interd. unde vi und das diesem ähnliche interd. de precario nebst den zum Schutze der quasi possessio angeordneten Interdicten [4]) zu den possessorischen Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne des Wortes (§. 24.) (possessorium in sensu proprio) gerechnet werden [5]).

1) Siehe §. 59. dieser Abh.

2) Siehe §. 83. dieser Abh.

3) Diese Berührung fällt aber auch jetzt weg, da die Eigenthümlichkeit des Interdictprocesses in dem Justinianischen Rechte völlig verschwunden ist.

4) Das interdict. utrubi und das interd. de clandestina possess. kommen nach der Justinianischen Gesetzgebung nicht mehr in besondere Betrachtung.

5) Savigny a. a. O. §. 35., siehe auch Kober (praes. Kees) de Judicio possessorio ordinario spec. I. Lips. 1805 §. 1. Wenn man die interdicta adipisc. poss., in sofern sie einen provisorischen Zustand herbeiführen, dessen Resultat noch durch einen andern Proceß verbessert werden kann, zu den possessorischen Rechtsmitteln rechnet (was in der deutschen Praxis gewöhnlich geschieht): so entsteht der Begriff

von possessorium in sensu improprio (lato), und damit denn auch ein demselben correspondirender Begriff von petitorium. — Ganz und gar ist es aber nicht zu billigen, wenn Schmidt (praktisches Lehrbuch von Klagen §. 173.) und Andere selbst solche Interdicte, welche weder zum possessorium in sensu proprio noch zum possessorium in sensu improprio gehören, zu den possessorischen Rechtsmitteln rechnen, z. B. das interdictum quod vi aut clam und diejenigen Interdicte, welche bei der operis novi nunciatio vorkommen. Diese und ähnliche Interdicte, welche keineswegs durch den bloßen Besitz begründet werden, sind keine possessorischen Interdicte. Thibaut Pand. Recht §. 320. §. 321., Schweppe Römisches Privatr. §. 566—571.

Dagegen läßt sich die Annahme von possessorischen Rechtsmitteln in eigentlicher (engerer), und uneigentlicher (weiterer) Bedeutung in sofern rechtfertigen, als beide doch in dem Punkte zusammenfallen, daß dabei der Besitz vorläufig, unter Vorbehalt des Petitoriums, zugesichert wird.

Abhandlung.

Ueber das interdictum uti possidetis selbst.

Vorläufige Bemerkungen.

§. 30.

Von den so eben im Allgemeinen dargestellten possessorischen Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne des

Wortes, welche theils auf Erhaltung eines gestörten Besitzes, theils auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes abzwecken, wird bloß das possessorische Rechtsmittel der erstern Art, nämlich das interdictum uti possidetis, zum Gegenstande gegenwärtiger Abhandlung genommen.

Es ist daher von nun an immer von Besitzstörung im engeren Sinne — von einer gegen den Besitz gerichteten Eigenmacht, welche keine wirkliche Besitzentziehung enthält — die Rede (§. 21).

§. 31.

Das interdictum uti possidetis, welches von den Anfangsworten des prätorischen Edicts, worauf es sich gründet, seinen Namen „uti possidetis" hat [1]), wird hier lediglich als eine Klage zur Erhaltung des Besitzes körperlicher, und zwar unbeweglicher Sachen, betrachtet. Ob und in wiefern dasselbe auch auf unkörperliche Sachen, auf Rechte, bezogen werden kann, wird in der Folge besonders untersucht werden.

1) Siehe l. 1. pr. D. uti possid. (43, 17).

§. 32.

Nach dieser näheren Bestimmung erscheint das interdictum uti possidetis als ein interdictum

retinendae possessionis, durch welches der Besitzer einer unbeweglichen Sache gegen Störungen in seinem Besitze (vis turbativa, inquietativa) die Staatshülfe anspricht.

§. 33.

Die Gesetze gehen nach der bisherigen Darstellung beim interdictum uti possidetis von der Ansicht aus:

Niemand ist befugt, den Besitz, an und für sich betrachtet, eigenmächtig zu stören; geschieht dies dennoch, so hat der gestörte Besitzer das Recht, die Untersagung des Eingriffs und den Ersatz des verursachten Schadens gerichtlich zu fodern.

Die rechtliche Natur dieses Rechtsmittels ist demnach schon im Allgemeinen angegeben worden. Jetzt sollen die Bedingungen, Wirkungen und sonstigen Eigenschaften desselben in einzelnen Kapiteln näher untersucht und erörtert werden, wobei jedoch vom Detail des processualischen Verfahrens selbst abgesehen wird [1]).

1) Das interdictum uti possidetis gehörte zu den prohibitorischen Interdicten. Wegen des ältern processualischen Verfahrens dabei, siehe: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 3. 1. Heft. No. IV. 2. Heft. No. VIII. 3. Heft. No. XII. Savigny a. a. O. §. 34. S. 401—402, besonders die neue Ausgabe

S. 349. Dies Verfahren änderte sich nachher mit dem ganzen ordo judiciorum; die Interdicte verwandelten sich in Rechtsmittel oder Klagen überhaupt, welche aber nach dem Vorbilde der Interdicte (ad exemplum eorum) behandelt wurden §. ult. J. de interd. (4, 15), l. 3. C. de interd. (8, 2), und daher auch den Namen „interdicta" beibehielten.

Wegen der Quellen und der Literatur in Ansehung des interdictum uti possidetis verweist man im Allgemeinen auf Savigny Recht des Besitzes, indem der eigentliche Zweck dieser Abhandlung auf die Entwickelung bestimmter Begriffe und Grundsätze beschränkt ist, und überdies die einzelnen Gesetzstellen und Schriften bei der Materie selbst, wohin sie einschlagen, angeführt werden sollen.

Erstes Kapitel.

Ueber die allgemeinen Bedingungen des interdictum uti possidetis.

I. Störung im Besitze (vis turbativa, inquietativa).

§. 34.

Das interdictum uti possidetis setzt vor allen Dingen eine Störung des Besitzes (vis turbativa, inquietativa) Besitzstörung im engeren Sinne voraus, es muß also die Art und Weise dieser Störung näher beleuchtet werden. Eine vorläufige Erörterung und Exposition des Begriffes derselben ist bereits im §. 21. vorgekommen.

§. 35.

In l. 11. D. de vi (43, 16) stellt Pomponius im Allgemeinen den Satz auf:

vim facit, qui non sinit possidentem eo quod possidebit, uti arbitrio suo: sive in serendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo per quod liberam possessionem adversarii non relinquit[1]).

Damit stimmt das überein, was Ulpian in l. 8. §. 5. D. si serv. vindicet. (8, 5) lehrt:

sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit suo uti.

Eine Besitzstörung (Beunruhigung, Beeinträchtigung des Besitzes) ist daher so oft vorhanden, als jemand eine solche Eigenmacht gegen den Besitz richtet, daß der Besitzer in der freien Ausübung desselben beschränkt wird [2]).

Die Besitzstörung steht von der einen Seite der ruhigen Fortdauer des Besitzes, von der andern Seite aber dem Verluste desselben entgegen. Es wird dabei immer eine Nichtanerkennung und Nichtachtung des Besitzes selbst, ein controversiam facere possessionis in weiterer Bedeutung vorausgesetzt, so daß es z. B. als keine Störung des Besitzes anzuse-

den ist, wenn die eigenmächtige Thathandlung bloß in Beziehung auf die Person des Besitzers und nicht in Beziehung auf den Besitz selbst unternommen ward, weil alsdann eine bloße Injurie vorhanden ist [3].

Bei den classischen Juristen finden wir kein eigentliches Wort für Besitzstörung (turbatio possessionis); sie hatten aber den Begriff davon ganz richtig aufgefaßt [4].

1) Obgleich dieses Fragment im Titel der Pandecten, wo vom interdictum de vi gehandelt wird, sich eingeschaltet befindet, so muß es doch seinem deutlichen Inhalte nach auf das interdictum uti possidetis bezogen werden; man muß dasselbe als eine so genannte lex fugitiva ansehen. (Savigny a. a. O. §. 37. S. 422. No. 3.)

2) Donellus in commentar. jur. civ. Lib. 15. Cap. 32. erklärt diese Besitzstörung so:

> ea est, ut proposui, qua possessio possessori non adimitur sed minuitur. Quod fit, cum vetere possessore non dejecto sed manente in re possessa, turbatur ei possessio, id est prohibetur tantum quibusdam in partibus re sua libere uti.

3) (Siehe §. 152. Anmerk. 2). Die Störung im Besitze gränzt an die Injurie, und geht in einzelnen Fällen oft dahin über. (Lange über die Natur des Besitzes B. 2. §. 136). Die nämliche Handlung kann zuweilen eine Besitzstörung und Injurie zugleich seyn, so daß alsdann das interdictum uti possidetis und die actio injuriarum zugleich zustehen (§. 114. dieser Abh.).

4) Die Glosse in l. 15. D. quod met. causa bedient sich des Ausdrucks „vis turbativa;" sie sagt vom Störer:

in dubium revocat, et obscurum facit quis possideat.

§. 36.

Die in dieser Hinsicht von den Gesetzen angeführten einzelnen Fälle können unter folgende zwei Hauptgesichtspunkte gebracht werden:

1) jemand verwehrt dem Besitzer einzelne Aeußerungen der Willkühr in Beziehung auf die Sache, welche derselbe besitzt;
2) jemand maßt sich eigenmächtiger Weise Verfügungen über eine Sache an, wodurch der Besitzer derselben beeinträchtigt wird.

In allen diesen Fällen ist eine bloße Beschränkung des Besitzes (Besitzstörung) vorhanden; eine Besitzentsetzung (Dejection) kömmt dabei nicht vor [1]. Die Gesetze sagen in solchen Fällen vom gestörten Besitzer:

possidere prohibetur — vis ei fit quominus possideat — prohibetur uti sua possessione [2]) etc.

und besonders in dem Falle, wo der unechte Besitzer von demjenigen, von welchem er injuste besitzen soll, unter Berufung auf diese possessio injusta, beunruhigt wird:

super hoc ab adversario inquietatur [3]).

1) Diese Hauptgesichtspunkte stellt Donellus a. a. O. Lib. 15. Cap. 32. sehr treffend so dar:

Id fit duobus modis. Uno, cum quis possessorem in suo prohibet quid facere eorum, quae quivis dominus in re sua potest facere: puta serere, arare, aedificare, quid reficere (d. l. vim facit D. de vi). Altero, cum quis in re aliena instituit ipse quid facere invito possessore: veluti ire, agere, aquamve ducere, aut aliter re uti, frui domino non concedente.

2) l. 52. §. 1. D. de poss. (41, 2), l. 3. §. 2. D. uti poss. (43, 17), l. 3. §. 4. eod.

3) l. un. §. 1. D. utrub. (43, 31). In dem Worte inquietare liegt zugleich das controversiam facere et quaestionem movere (Brissonius de V. S. v. inquietare p. 628. ed. Hal. 1743), also die Berufung auf den unechten Besitz des Gegners und die Reclamation des Besitzes.

§. 37.

In Ansehung des erstern Gesichtspunktes enthalten die Gesetze folgende besondere Fälle:

1) jemanden wird gewehrt, auf dem Grundstücke, welches er besitzt, ein Gebäude aufzuführen —

l. 3. §. 2. D. uti possid. (43, 17): hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur, etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. —

l. 52. §. 1. D. de poss. (41, 2): eum, qui aedificare prohibea-

tur, possidere quoque prohiberi manifestum est;

2) dem Besitzer eines Gebäudes wird verwehrt, dasselbe auszubessern —

l. 3. §. 3. D. uti possid. (43, 17):

cum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aeque competere interdictum uti possidetis placuit, testarique dominum, non prohibere inquilinum ne habitaret, sed ne possideret;

3) wenn es nöthig ist, daß ein gemeinschaftliches Grundstück ausgebessert werde, oder daß sonst an demselben etwas geschehe, dies aber von einem Mitbesitzer verhindert wird: so kann der andere Mitbesitzer die actio communi dividundo oder auch das interdictum uti possidetis gebrauchen —

l. 12. D. comm. divid. (10, 3):

si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur;

4) dem Besitzer wird verwehrt, sein Feld zu bauen —

l. 3. §. 4. D. uti possid. (43, 17):

Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid juris sit, et ait Pomponius, posse te ei denuntiare et vites praecidere, idque et Labeo scribit, aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quominus eas vites vel praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quominus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, ait Pomponius.

§. 38.

In Ansehung des zweiten Gesichtspunktes enthalten die Gesetze folgende Fälle:

1) jemand macht auf dem Grundstücke, das ein Andrer besitzt, Anlagen, durch welche der Besitzer beeinträchtigt wird —

l. 3. §. 9. D. uti possidet. (43, 17): si vicinus meus in parte mea tectoria habeat, et in parte sua, uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur [1]).

l. 5. §. 10. D. de oper. nov. nunc. (39, 1): et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum

erit, interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti);

2) jemand maßt sich hinsichtlich des Grundstücks, das ein Andrer besitzt, eine Servitut an —

l. 8. §. 5. D. si servit. vindic. (8, 5.) in den bereits angeführten Worten:

sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit suo uti [3]);

denn derjenige, welcher solche der natürlichen Freiheit des Grundstücks zuwiderlaufenden Handlungen unternimmt, beschränkt den Besitzer in dem freien Gebrauche des Grundstücks, es steht diesem folglich das interdictum uti possidetis zu [4]).

1) Cujacius Obs. L. 5. c. 27.

2) Das in nostro aliquid facere ist hier durchaus nothwendig. Si quis in suo quid faciat, quod nobis noceat, findet so wenig das Recht der Selbstvertheidigung als das interd. uti poss. Statt; ich muß ein andres Rechtsmittel ergreifen. Wenn z. B. Jemand eine Mistgrube so nahe an meine Wand angelegt hat, daß diese Schaden leidet, so kann ich dies keineswegs als eine Besitzstörung ansehen, sondern ich muß deshalb ein andres angemessenes Rechtsmittel gebrauchen (l. 17. §. 2. D. si servit. vindicet.)

3) Savigny a. a. O. §. 46. S. 512. n. 2. Pufendorf obs. jur. univ. T. I. obs. 150. §. II. Aus l. 8. §. 5. si servit. vind. (8, 5) geht hervor, daß der Eigenthümer gegen denjenigen, welcher sich eine Servitut anmaßt, nicht nur die actio negatoria, sondern auch das interdictum uti

possidetis anstellen kann. (Boehmer jus eccles. protest. Lib. II. Tit. 12. §. 4. Voet. Commentar. ad Pand. Lib. 43. Tit. 17. §. 1. Donellus a. a. O. l. 15. c. 52). Eine ausführliche Erläuterung dieses Gesetzes wird in der folgenden Abhandlung vorkommen.

4) Eine Ausnahme hiervon möchte indessen bei Anmaßung einer servitus cloacae und servitus projiciendi et protegendi eintreten (§. 97. Anmerk. 1), §. 101, §. 105, §. 105 a. dieser Abh.).

§. 39.

Aus der im §. 35. aufgestellten Regel:

> nach der eine Besitzstörung so oft vorhanden ist, als jemand sich herausnimmt, den Besitzer in seinem Besitze eigenmächtiger Weise zu beschränken

folgt überdies, daß zur Begründung einer Besitzstörung gerade nicht erfoderlich ist, daß die im §. 36. im Allgemeinen angegebenen eigenmächtigen Handlungen wirklich vorgefallen waren; es genügt schon, daß sie mit Grunde zu befürchten sind. Denn auch derjenige, welcher eigenmächtig durch thätige Bedrohung den Besitzer in gegründete Furcht versetzt, legt der freien Willkühr desselben Hindernisse in den Weg; der Besitzer wird dadurch verhindert, seines Besitzes ruhig zu genießen, oder mit andern Worten, er wird schon dadurch in seinem Besitze beschränkt [1]).

Ob und in wiefern die eigenmächtigen Eingriffe mit Grunde zu besorgen sind, muß nach Untersuchung

und Erwägung aller factischen Umstände in vorkommenden Fällen durch das Ermessen des Richters bestimmt werden [2]).

1) Savigny a. a. O. §. 37. S. 417—418. Menochius de retinend. Posses. remed. N. 294—296.

Wenn jemand dem Besitzer mit offenbarer Willkühr ohne allen Vorwand ein Unrecht zuzufügen drohete, so bedürfte dieser wohl nicht einmal des interdictum uti possidetis: denn hier konnte der Prätor vermöge seiner praetoria potestas gleich unmittelbar executivisch einschreiten, und das Unrecht verhindern (arg. leg. 5. §. 10. D. de nov. oper. nunc. (39, 1), l. 1. §. 2. D. de migrando (43, 32), l. 3. pr. ne vis fiat ei (43, 4), l. 5. §. 27. ut in poss. legat (36, 4). Sollte z. B. der Besitzer eines Grundstücks von einem Andern mit offenbarer Gewalt verdrängt werden, so daß dazu schon die nöthigen Zurüstungen gemacht wurden, so brauchte derselbe wohl nur den Prätor anzugehen, damit dieser ihm gegen Gewaltthätigkeiten der Art Schutz ertheile; es war nichts weiter als ein polizeilicher Schutz, welcher hier angesprochen ward.

Dieser Fall ist daher von dem im obigen §. gedachten Falle sehr verschieden, denn dort wird das interdictum uti possidetis in der Absicht angestellt, daß der Kläger auf civilrechtlichem Wege als Besitzer erklärt, und als solcher vor den bevorstehenden Eingriffen geschützt, auch wohl deshalb entschädigt werde.

2) So erledigt sich die Streitfrage von selbst:

ob auch eine turbatio verbis vel scriptis facta Statt finde?

worüber eine eigene Dissertation von G. L. Menken 1730 zu Wittenberg erschienen ist.

§. 40.

Ob übrigens jemand die Besitzstörung unmittelbar oder mittelbar verursacht hat, ist gleichgültig (§. 25.). Als Störer ist daher auch derjenige zu betrachten, auf dessen Geheiß oder Auftrag die Störung bewirkt worden ist, nicht weniger derjenige, welcher die in seinem Namen geschehene Störung genehm gehalten hat [1]).

1) arg. leg. 1. §. 12. §. 13. §. 14., l. 3. §. 10. et seqq. de vi (43, 16). Siehe besonders Voet Commentar. ad Pand. Lib. 43. Tit. 17. §. 3. In l. 1. §. 13. D. de vi wird der Satz ausgesprochen, daß derjenige, welcher sich zur Ausübung der Gewalt gebrauchen läßt, für seine Person verantwortlich sey. — Non enim excusatus est, qui jussu alicujus dejecit, non magis quam si jussu alicujus occidit. — Dies kann aber nicht so schlechterdings auf das interdictum uti possidetis angewandt werden. Hierbei kann nämlich der Fall eintreten, daß der Beklagte diejenigen Handlungen, welche der Kläger für Besitzstörungen ausgiebt, zu rechtfertigen im Stande ist, in welchem Falle dann demjenigen, welcher solche angeblich störenden Handlungen auf Geheiß oder Auftrag eines Andern ausgeübt hat, und deswegen in Anspruch genommen wird, der Natur der Sache nach auch wohl nominatio autoris und die Ausscheidung aus dem Processe gestattet ist. Siehe Kori a. a. O. Th. 2. Cap. XI. §. 116.

§. 41.

Aus dem Begriffe der Besitzstörung folgt unmittelbar, daß derjenige, welcher sich über Störung im

Besitze eines gewissen Grundstückes beschweren will, zu der Zeit, wo diese Störung vorgefallen seyn soll, den Besitz dieses Grundstückes wirklich gehabt haben muß: denn die Störung besteht ja eben darin, daß dem gegenwärtigen Besitzer des Grundstücks verwehrt wird, seinen Besitz ruhig zu genießen.

Dies bestätigen auch die Gesetze ausdrücklich, indem es in l. un. §. 1. D. utrubi (43, 31) heißt:

> ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi, nec clam, nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet [1]).

1) Dieses Gesetz ist wahrscheinlich von den Verfassern der Pandecten interpolirt, um eine Uebereinstimmung mit den Institutionen hervorzubringen.

§. 42.

War durch die Eigenmacht des Andern der Besitzer seines Besitzes wirklich entsetzt worden, so ist nicht mehr von einer bloßen Besitzstörung die Rede; es findet alsdann nicht das interdictum uti possidetis, sondern das interdictum unde vi Statt (§. 23.) [1]). Derjenige, welcher das interdictum uti possidetis anstellen will, muß daher, der eigenmächtigen Eingriffe ungeachtet, noch Besitzer des Grundstücks geblieben seyn, und zur Zeit der Anstellung des interdictum uti possidetis sich noch wirklich im Besitze befinden. Die Bedingung,

daß der Kläger bei gegenwärtigem Interdicte zu der Zeit, wo er dasselbe anstellt, noch wirklich besitzen muß, ist auch in den Gesetzen klar ausgesprochen, unter andern in §. 4. Instit. de interd. (4, 15):

> ut ille vincat — qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatae tempore detinet [2]).

1) Einige Rechtsgelehrte haben zwar auch dem dejectus das interdictum uti possidetis verstatten wollen; von Savigny a. a. O. §. 38. S. 429 hat aber bereits den Schein aufgedeckt, welcher dieselben zu diesem Irrthume verleitete. Siehe noch Leyser Medit. ad Pand. spec. 57. §. VI. Wissenbach exerc. ad Pand. disp. 23. §. 25. Petr. Müllerus ad Struv. exerc. 45. th. 118.

2) Siehe auch l. 1. §. 4. D. uti possid. (43, 17), l. 1. §. 2. D. de interd. (43, 1). So lange der alte Interdictproceß Statt fand, siegte derjenige, welcher zu der Zeit, wo das Interdict des Prätors erfolgte, (interdicti tempore) sine vitio mit Hinsicht auf den Gegner besaß. Nachdem nun aber diese alte Proceßform verschwunden ist, siegt nach Theophilus (de interd. §. 4.) derjenige:

ὃς νέμεται ἀνεπιλήπτως τὸν ἀγρὸν κατὰ τὸν καιρὸν τῆς προκατάρξεως. —

War der Besitzer nach der vorgefallenen Störung etwa von einem Dritten verdrängt worden, so fand nun gegen diesen das interdictum unde vi Anwendung: es fiel daher auch wohl natürlich das interdictum uti possidetis gegen den vorigen Störer weg, gegen diesen konnte nur noch der durch seine Störung etwa verursachte Schade verfolgt werden.

II. Nur dem Besitzer in dem im §. 3. angegebenen Sinne und dem abgeleiteten Besitzer steht das interdictum uti possidetis zu.

§. 43.

Die Gesetze schließen vom Gebrauche des interdictum uti possidetis ausdrücklich aus:

die missos in possessionem rei servandae causa —

indem in l. 3. §. 8. D. uti possidet. (43, 17) gesagt wird:

Creditores missos in possessionem rei servandae causa, interdicto uti possidetis uti non posse, et merito, quia non possident. Idemque et in caeteris omnibus, qui custodiae causa missi sunt in possessionem dicendum est.

Auch werden in l. 9. D. de rei vindic. (6, 1) als solche, qui non possident, folglich das interdictum uti possidetis nicht haben, aufgeführt:

apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti non cavebatur.

§. 44.

Die Gesetze hatten bei Ausschließung dieser Personen vom interdictum uti possidetis hinreichende

Gründe. Denn das Verhältniß, in welchem dieselben z. B. der Miether, der Pächter zu dem (gepachteten oder gemietheten) Grundstücke stehen, wird von den Gesetzen nicht als eigentlicher Besitz (§. 2.) betrachtet; jene Personen werden nicht als wahre possessores angesehen, sondern bloß als solche:

qui sunt in possessione, qui nomine alieno possident, naturaliter possident[1]);

derjenige, in dessen Namen sie besitzen, ist und bleibt der eigentliche Besitzer (§. 3.): es war mithin ganz consequent, daß die Gesetze auch nur diesem das interdictum uti possidetis gestatteten. — Die ebengedachten Personen, von welchen die Gesetze sagen: „sunt in possessione, naturaliter possident" sind als bloße Mittelspersonen (ministri) des eigentlichen Besitzers (§. 3.) zu betrachten, fällt also mit Hinsicht auf den Besitz, welchen sie im Namen desselben verwalten, eine Störung vor, so kann das interdictum uti possidetis ihnen auf eigenen Namen nicht zustehen, sondern es muß der wahre Besitzer jene Besitzstörung so ansehen, als wäre sie ihm selbst widerfahren: diesem kömmt daher das interdictum possidetis einzig und allein zu [2]).

Zu dem allen kömmt noch:

die im vorigen §. erwähnten missi in possessionem hatten ein eigenes Interdict [3]), sie bedurften also des interdictum uti possidetis nicht einmal; was

aber die übrigen ausgeschlossenen Personen anlangt, so ist nicht aus der Acht zu lassen, daß durch die Besitzstörung nicht sowohl ihr Interesse als das Interesse desjenigen verletzt wird, in dessen Namen sie den Besitz ausüben: es konnte daher selbst in dieser Hinsicht nur füglich dem letztern das interdictum uti possidetis verliehen werden.

1) l. 3. §. 20. §. 23., l. 9, l. 10. §. 1, l. 12. pr., l. 18. pr., l. 25. §. 1., l. 49. §. 1. D. de poss. (41, 2), l. 6. §. 2. D. de precar. (43, 26), l. 7. §. 11. D. comm. divid. (10, 3), l. 9. D. de rei vind. (6, 1), l. 3. §. 15., l. 5. §. 1 D. ad exhib. (10, 4), l. 2. §. 1. §. 2. D. pro herede (41, 5), §. 5. J. de interd. (4, 15), l. 1. C. comm. de usucap. (7, 30).

2) Siehe auch l. 1. §. 22, l. 20. D. de vi (43, 16).

3) Lib. 43. D. tit. 4. ne vis fiat ei, qui in poss. missus erit.

§. 45.

Leyser[1]) behauptet zwar, daß auch dem Pächter das interdictum uti possidetis (obgleich nicht gegen den Verpächter doch gegen Dritte) auf eigenen Namen zukomme; allein ohne Grund. Der Pächter gehört, wie eben gezeigt worden ist, zu denjenigen Personen, welche sich nur in possessione befinden, er ist in den Gesetzen ausdrücklich für einen solchen, qui non possidet, erklärt worden[2]): es kann folglich nach den so eben entwickelten gesetzlichen Vorschriften ihm das interdictum uti possidetis auf eigenen Namen nicht verstattet werden[3]). Derselbe bedarf auch des interdictum uti possidetis

nicht: denn gegen die Gewaltthätigkeiten von Seiten des Eigenthümers und Verpächters schützt ihn schon der bloße Pachtvertrag, richtet aber ein Dritter eine Besitzstörung gegen das Grundstück, welches er in Pacht hat, so kann er Kraft des Pachtvertrages fodern, daß der Verpächter ihn vertrete; der Verpächter muß im letztern Falle zum Schutze seines Pächters, als seines Repräsentanten, das interdictum uti possidetis anstellen, oder diesem zur Anstellung desselben Vollmacht ertheilen.

Leyser hat sich vorzüglich durch l. 12. und l. 18. D. de vi (43, 16) irre machen lassen, wo nach seiner Ansicht dem Pächter das interdictum unde vi, mithin der Analogie nach, auch das interdictum uti possidetis, verstattet sein soll. Allein diese Gesetze verleihen nicht dem Pächter als solchem das interdictum unde vi; sie sprechen ihm dasselbe nur in sofern zu, als er wirklich zu besitzen (§. 3.) angefangen hat. In beiden Gesetzen ist nämlich von dem Falle die Rede, in welchem der Pächter den Verpächter, als eigentlichen Besitzer verdrängt hatte, und auf diese Weise als wirklicher Besitzer (ob er gleich possessor vitiosus, injustus war) betrachtet werden mußte. Von diesem Zeitpunkte, nicht aber vom Antritte der Pachtung fing der Besitz des Pächters und sein Anspruch auf possessorischen Schutz an [4]).

Die Verordnung von Constantin [5]), auf welche Leyser sich noch beruft, hat die Regel, nach der

dem colonus als solchem das interdictum unde vi auf eigenen Namen nicht zukömmt, eben so wenig aufgehoben; sie hat nur, in dem besondern Falle einer langen Abwesenheit des eigentlichen Besitzers, dessen Leuten (unter andern auch dem Colon), welche sich in seinem Grundstücke als ministri possessoris befanden, und aus demselben verdrängt wurden, als eine Ausnahme von der Regel das besondere Recht ertheilt, ohne ausdrücklichen Auftrag, und doch als Procuratoren des wirklichen Besitzers, das interdictum unde vi zu gebrauchen [6]).

1) Medit. ad Pand. Vol. VII. spec. 451. med. III; siehe auch Berger oeconom. jur. Lib. II. Tit. VI. Th. 1. n. 1. Lange a. a. O. B. 2. §. 151.

2) l. 6. §. 2. D. de precario (43, 26), l. 25. §. 1. de poss. (41, 2), l. 7. §. 11. D. com. divid. (10, 3), l. 9. D. de rei vindic. (6, 1) §. 5. J. de interd. (4, 15), l. 33, §. 1. D. de usurp. (41, 3).

3) Von Savigny a. a. O. §. 23. S. 278.

Das österreichische G. B. scheint von den nämlichen Ansichten auszugehen; nicht minder erfodern die französischen Gesetze, daß diejenigen, welche die actions possessoires anstellen wollen, à titre non précaire, d. h. animo domini besitzen (art. 23, des Code de procédure civ. und Delaporte Comment. dazu, ingleichen Plank a. a. O. S. 41 —48, welcher ausführlich gezeigt hat, daß die art. 1725, 1726, 1727 des Code civil davon keine Ausnahme machen); dagegen hat das preuß. Landr. dem Pächter und zwar sogar gegen den Verpächter die possessorischen Schutz-

mittel verstattet. Th. 1. Tit. 7. §. 170, Pr. G. O. Th. 1. Tit. 44. §. 44).

4) Donellus a. a. O. lib. 15. Cap. 31. Wissenbach a. a. O. §. 28. S. 888. Savigny a. a. O. §. 23. S. 278. n. 1. Dies wird erst nach Erwägung des zweiten Kapitels gegenwärtiger Abhandlung völlig klar und deutlich werden; siehe besonders §. 54.

5) l. 1. C. si per vim (8, 5), (l. 1. C. Th. unde vi).

6) Westphal a. a. O. §. 249; Savigny a. a. O. §. 40. S. 474—475; siehe auch Struv. Syntagm. jur. cum addit. Muelleri exerc. 45. Th. 103.

§. 46.

Der Usufructuar detinirt das Grundstück, von welchem er den Nießbrauch hat, nicht animo domini, folglich ist auch er nicht Besitzer des Grundstücks (§. 3); er ist nur in possessione, der Besitz des Eigenthümers wird durch ihn eben so wenig verhindert, wie durch einen bloßen Pächter [1].

Daraus ergiebt sich, daß der Usufructuar nicht als Besitzer des Grundstücks selbst auftreten und in dieser Eigenschaft das interdictum uti possidetis anstellen kann [2].

1) l. 6. §. 2. D. de precar. (43, 26), l. 12. pr., l. 49. pr. l. 52. pr. de poss. (41, 2), l. 10. §. ult. de adquir. rer. dom. (41, 1), l. 5. §. 1. D. ad exhib. (10, 4), Savigny a. a. O. §. 12. S. 169. §. 23. S. 282—285.

2) Daß dennoch dem Usufructuar und denjenigen überhaupt, welche eine solche Servitut haben, mit der die Detention

des Grundstücks verbunden ist, das interdictum uti possidetis in den Gesetzen zugesprochen wird (l. ult. D. uti possid. 43, 17), rührt davon her, daß diesen Personen an ihrem jus ususfructus, usus etc. ein Besitz, und zwar eine quasi possessio zusteht (l. 23. §. 2. D. ex quib. caus. maj. (4, 6), wovon in der Folge gehandelt werden wird; es bleibt aber immer etwas Besonderes, daß gerade das interdictum uti possidetis, welches ursprünglich bloß für den eigentlichen Besitz bestimmt worden ist, dem Usufructuar wegen dieser quasi possessio zugetheilt ward; es ist dies eine Ausdehnung jenes Interdicts über seinen ursprünglichen Begriff.

§. 47.

Dagegen giebt die missio damni infecti nomine ex secundo decreto wirklichen Besitz in dem im §. 2. angenommenen Sinne [1], die missi ex secundo decreto sind nicht bloß in possessione, sie sind vielmehr wirkliche possessores (§. 3): es steht ihnen also das interdictum uti possidetis allerdings zu [2].

Auch dem Ehemann muß hinsichtlich des fundi dotalis das interdictum uti possidetis zugesprochen werden, denn er hat während der Ehe an demselben ein so genanntes bürgerliches Eigenthum; er wird von den Gesetzen als Besitzer in dem im §. 3. angegebenen Sinne betrachtet [3].

1) l. 15. §. 16. §. 17. §. 19—23. §. 33, l. 18. §. 15. D. de damn. infect. (39, 2), l. 5. in fin. D. de poss. (41, 2)

Westphal a. a. O. §. 61, Savigny a. a. O. §. 12. a. S. 176. §. 23. S. 279—280.

2) Voet a. a. O. Lib. 43. Tit. 17. §. 2.

3) pr. J. quib. alien. lic. vel non (2, 8), l. 13. §. 2. D. de fund. dot. (23, 5), Schweppe Römisch. Privatr. §. 681, Thibaut P. R. §. 448.

§. 48.

Aus den bisherigen Betrachtungen geht hervor, daß das interdictum uti possidetis dem Besitzer in dem im §. 3. festgesetzten Sinne ausschließlich (nämlich mit Hinsicht auf diejenigen, welche bloß in possessione sind) verliehen worden ist. —

Der eigentliche, ursprüngliche Besitzer kann nun aber, indem er die Detention einer Sache einem Andern überläßt, zugleich auch sein Recht des Besitzes (jus possessionis) demselben übertragen, ohne übrigens seinen animum domini aufzugeben. Dadurch erhält dieser Andere einen sogenannten abgeleiteten Besitz [1]), er wird juridischer Besitzer, und ihm steht als solchem das interdictum uti possidetis nun ausschließlich zu.

Die in den Gesetzen vorkommenden Fälle dieses abgeleiteten Besitzes sollen der Vollständigkeit wegen angegeben werden [2]).

1) Der abgeleitete Besitz wird dem ursprünglichen Besitze, der auf Detention und animus domini beruht, ent-

gegengesetzt. Der abgeleitete Besitzer ist keineswegs Repräsentant des frühern Besitzers, er ist vielmehr Besitzer für sich; der ursprüngliche Besitzer hatte seinen Besitz an denselben veräußert, folglich ist dieser Besitzer, jener kann nicht mehr als Besitzer angesehen werden, ob er gleich Eigenthümer bleibt. Der abgeleitete Besitz unterscheidet sich von dem ursprünglichen bloß dadurch, daß er zwar auf Detention, nicht aber auf animus domini, sondern statt desselben auf der Absicht, das jus possessionis auszuüben, beruht. Savigny a. a. O. §. 9. S. 105—106. §. 23. S. 276.

2) Man übergeht die hieher nicht gehörige Streitfrage: ob der abgeleitete Besitz in jedem Fall gelten kann, in welchem ihn ein wirklicher Besitzer gelten lassen will? (Savigny a. a. O. §. 9. S. 105—106, §. 23. S. 276; Thibaut P. R. §. 295).

Nur die Fälle, wo der abgeleitete Besitz in den Gesetzen vorkömmt, können hier in Betracht gezogen werden.

§. 49.

In einigen Fällen bringt es die Natur des rechtlichen Geschäftes mit sich, daß das jus possessionis stets als übertragen angenommen werden muß; dies tritt ein:

1) bei der Emphyteusis [1]. —

2) beim Pfandcontracte (contractus pignoris) [2].

Daher haben sowohl der Emphyteuta als derjenige Pfandgläubiger, welcher ein Grundstück vermöge des

contractus pignoris in Besitz erhalten hat, das interdictum uti possidetis [3]).

Es könnte sonderbar scheinen, daß die Gesetze dem Faustpfandgläubiger das interdictum uti possidetis verliehen haben, nicht aber dem Pächter. Diese Bestimmung läßt sich indessen recht gut erklären: denn derjenige, welcher sich ein Faustpfand geben läßt, zeigt ja eben dadurch Mißtrauen gegen seinen Schuldner und Verpfänder, es liegt mithin im Geiste des Faustpfandverhältnisses, daß der Gläubiger sein eigener Schützer sei, und nicht an den Schutz des Verpfänders gebunden werde; bei Pachtverhältnissen dagegen findet dieses Mißtrauen an und für sich nicht Statt, die Gesetze konnten es also hier schon eher bei dem gewöhnlichen Principe bewenden lassen, nach welchem der eigentliche Besitzer alle Personen possessorisch schützen muß, welche seinen Besitz verwalten (qui ejus possessioni praestant ministerium (qui ejus nomine sunt in possessione).

1) Savigny a. a. O. §. 24. S. 291.

2) l. 35. §. 1. D. de pignorat. act. (13, 7), l. 16. D. de usurp. (41, 3) l. 1. §. 15. D. de poss. (41, 2), l. 36. D. eod.

3) Die weitere Entwickelung des abgeleiteten Besitzes, welcher dem Pfandgläubiger zukömmt, gehört nicht in gegenwärtige Abhandlung, es wird daher dieses Gegenstandes wegen auf Savigny a. a. O. §. 24. S. 291—299. verwiesen.

Hierbei ist noch Folgendes zu bemerken:

Das Grundstück, welches jemand vermöge des Retentionsrechtes detinirt, muß nach den Gesetzen mit Hinsicht auf die Ansprüche des Retinirenden als ein quasi pignus betrachtet werden [l. 13. §. 8. D. de act. E. V. (19, 1), l. 51. §. 8. de aedilit. edict. (21, 1), l. 15. §. fin. de furt. (47, 2)]: es müssen also auch wohl dem Retinirenden der Analogie nach die dem Pfandgläubiger zustehenden possessorischen Rechtsmittel als interdicta quasi possessoria zukommen; was überdies der Natur der Sache ganz gemäß ist, da der Retinirende als solcher ebenfalls vor Eigenmacht geschützt werden muß (Stryk. usus modern. Lib. 16. Tit. 2. §. 15.)

§. 50.

Bei einigen Rechtsgeschäften wird die Detention theils mit dem Besitze, theils ohne denselben übertragen; diese Rechtsgeschäfte sind: 1) depositum, 2) precarium.

§. 51.

1) Beim Depositum ist es zwar Regel, daß der Deponent den Besitz nicht veräußert [1]), es tritt aber eine Ausnahme alsdann ein:

wenn bei einem Streite über das Eigenthum einer Sache diese einem Dritten (sequester) übergeben wird, mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß er den Besitz daran haben solle, damit durch diesen Besitz alle bisherige Usucapion unterbrochen werde.

Dies ist der einzige Fall, in welchem das Depositum eine Veränderung des Besitzes zur Folge hat, und dem Sequester das interdictum uti possidetis zugesprochen wird [2]).

1) Siehe §. 43—44. gegenw. Abh.

2) l. 39. D. de poss. (41, 2), l. 17. §. 1. D. deposit. (16, 3), von Savigny a. a. O. §. 25. S. 301., Voet a. a. O. Lib. 43. Tit. 17. §. 2., Perez praelect. in Cod. Lib. 8. Tit. 6. §. 5.

§. 52.

2) Beim precarium muß aus der Art und Weise der Rogation und Concession beurtheilt werden, ob außer der Detention auch das jus possessionis dem Precisten überlassen worden ist? Muß die Ueberlassung des Besitzes aus den angegebenen Umständen angenommen werden [1]), so steht dem precario rogans allerdings das interdictum uti possidetis zu; daß er aber dasselbe nicht gegen den rogatus selbst gebrauchen kann, wird sich weiter unten ergeben, für jetzt wird hinsichtlich dieses Punktes nur auf l. 17. D. de precario (43, 26) Bezug genommen, wo es heißt:

> qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.

1) Man kann wohl mit Herrn von Savigny behaupten, daß die Uebertragung des Besitzes beim precarium nach

den Gesetzen als Regel anzunehmen ist [l. 4. §. 1. l. 2. §. 3. l. 4. §. 4. l. 12. pr., l. 15. §. 4. D. de precar. (43, 26)], und daß es als Ausnahme angesehen werden muß, wenn die bloße Detention, nicht aber der Besitz, überlassen ward (l. 10. pr. §. 1. D. de poss. l. 6. §. 2. D. de prec.). — Doch muß in dem Falle, wenn der Verpfänder das Pfand vom Gläubiger precario rogirt, nach dem Zwecke des ganzen Pfandcontracts präsumirt werden, daß das precarium die bloße Detention zum Gegenstande habe (l. 33. §. 6. D. de usurp., Savigny a. a. O. §. 26. S. 304, 305.)

Zweites Kapitel.

Ueber die dem interdictum uti possidetis entgegenstehende Einrede: „der Kläger habe den Besitz auf eine mangelhafte Weise erlangt.“

I. Mangelhafter (unechter) Besitz (possessio vitiosa, injusta). Erörterung und Exposition desselben; Distinction desselben von ähnlichen oder verwandten Begriffen.

Possessio violenta.

§. 53.

Wenn jemand den bisherigen Besitzer oder seinen Repräsentanten aus dem Be-

ſitze des Grundſtücks eigenmächtiger Weiſe vertreibt, auch den etwaigen Verſuch derſelben, den Beſitz auf der Stelle wieder zu erlangen, zurückweiſt, und ſich auf dieſe Art den Beſitz anmaßt: ſo ſagen die Geſetze von ihm: „vi possidet“ [1]; er wird mit Hinſicht auf denjenigen, welchen er verdrängt hatte, ein mangelhafter Beſitzer (possessor vitiosus, injustus) genannt, und ſein Beſitz heißt in dieſer Beziehung possessio vitiosa, injusta [2]. Die Geſetze verleihen daher auch dem Verdrängten (dejectus) das interdictum unde vi (§. 23.), durch welches der Verdränger (dejiciens) angehalten wird, das Grundſtück, deſſen Beſitz er auf ſolche mangelhafte Weiſe erlangt hatte, aufs baldigſte wieder zu räumen, und allen durch die Dejection verurſachten Schaden zu erſetzen [3]; dies interdictum unde vi wird durch den bloßen Umſtand begründet, daß der Vertriebene zur Zeit der Dejection wirklich Beſitzer geweſen war; der dejectus braucht nicht erſt ſeinen Beſitztitel darzuthun, er braucht ſich auf Einreden des Gegentheils, welche das angebliche Recht deſſelben betreffen, nicht einzulaſſen (§. 26).

Aus dem eben Geſagten erhellet:

a) der Verdrängte hatte ſeinen Beſitz wirklich verloren; es ſtand ihm aber zur Wiedererlangung dieſes verlornen Beſitzes ein interdictum recuperandae possessionis zu;

b) der Entsetzende (dejiciens) hatte seiner gewaltsamen Besitzergreifung ungeachtet den Besitz wirklich erlangt; allein dieser Besitz war eine possessio vitiosa (injusta), welche durch das interdictum unde vi stets wieder aufgehoben werden konnte [4].

1) l. 1. §. 28. D. de vi (43, 16). Dieser gewaltsamen Besitznahme werden die Fälle ganz gleich geachtet:

wenn jemand zwar den Besitzer nicht aus dem Grundstücke herauswirft, aber doch denselben fesselt, und darin zu arbeiten zwingt (l. 1. §. 47. D. de vi Paul. V. 6. §. 6.);

wenn jemand den bisherigen Besitzer in solche Furcht versetzt, daß dieser zur Vermeidung einer unmittelbar gegenwärtigen Gefahr das Grundstück verläßt, und somit dasselbe von jenem in Besitz genommen wird. Savigny a. a. O. S. 457.

2) l. ult. D. de poss. (41, 2), l. 1. §. 9, l. 2, l. 3, pr. D. uti possid. (43, 17), l. 3. §. 5. D. de poss. (41, 2), l. 19. pr. D. de precar. (43, 26).

3) l. 1. §. 31, §. 40, §. 41, l. 6, l. 19. D. unde vi (43, 16), l. 4. C. unde vi (8, 4).

4) Die possessio violenta wird hier hauptsächlich von der Seite betrachtet, daß ihr die Beschaffenheit der Dauerhaftigkeit mangelt, und daß sie schon wegen dieses Umstandes allein von den Gesetzen possessio vitiosa (injusta) genannt wird. In einer andern Rücksicht ist die possessio violenta, weil sie durch ein maleficium entstanden ist, überdies vom Anfange an injusta in dem Sinne als unrechtmäßig (l. 24. D. de poss., l. 7. §. 4. D. com. divid.) was aber hier nur beiläufig in Be-

trachtung kömmt (§. 60. Anmerk. 2., §. 64. Anmerk. 1. §. 72.).

§. 54.

Dem im vorigen §. aufgestellten Falle, in welchem der Besitzer oder sein Stellvertreter aus dem Besitze herausgeworfen worden war, wird folgender Fall gleich gesetzt:

Wenn nämlich der Repräsentant des eigentlichen Besitzers diesem den Besitz zur Ungebühr (sine justa et probabili causa) vorenthält (dominum intrare prohibet, non admittit): so wird dies von den Gesetzen gleichfalls als eine dejectio des eigentlichen Besitzers angesehen [1]).

In l. 12. und l. 18. D. de vi (43, 16) ist davon folgendes Beispiel enthalten:

> Der Verpächter hatte das verpachtete Grundstück verkauft, und dem Käufer überlassen, nach geendigter Pachtzeit sich selbst in den Besitz desselben zu setzen; der Pächter weigerte sich aber (sine justa et probabili causa), aus der Pachtung zu gehen. Diese Weigerung wird nun für eine dejectio des Verpächters gehalten, welche diesen zur Anstellung des interdictum unde vi berechtigt [2]).

Der Pächter hatte also in dem angeführten Beispiele durch seine Widersetzung gegen den Käufer den Besitz

des Grundstücks wirklich an sich gebracht; allein es mußte von ihm ebenfalls gesagt werden: „vi possidet;“ sein Besitz war nicht weniger eine possessio vitiosa (injusta).

1) Savigny a. a. O. §. 33. S. 382—388.

2) Westphal a. a. O. §. 255. Savigny a. a. O. §. 23. S. 278. n. 1., siehe auch l. 34. C. de loc. cond. (4, 65).

Possessio clandestina.

§. 55.

Wenn ein Grundstück, welches jemand besitzt, von einem Andern heimlich occupirt wird, so verliert jener durch diese bloße heimliche Occupation den Besitz noch nicht, er kann, so bald er die heimliche Occupation erfährt, den heimlich Eingedrungenen mit Gewalt wieder vertreiben; nur erst dann, wenn er durch wirkliche oder zu besorgende Uebermacht von dieser Vertreibung abgehalten wird, geht sein Besitz verloren und auf den Occupanten über [1]). Man kann demnach, so lange der vorige Besitzer von der Vertreibung noch nicht abgehalten worden war, von dem heimlichen Occupanten keineswegs behaupten „daß er besitze," also auch nicht „daß er heimlich besitze."

Da sich nun aber die Gesetze des Ausdrucks „clam possidet“ als Bezeichnung einer besondern Art des

mangelhaften Besitzes bedienen, so bleibt nichts weiter übrig, als diesen Ausdruck auf denjenigen Fall zu beziehen, in welchem der vorige Besitzer an der Wiedererlangung seines Besitzes verhindert ward, so daß der Besitz auf den heimlichen Occupanten überging. — Dieser Fall unterscheidet sich alsdann in Rücksicht der Art und Weise der Besitzentsetzung von dem im §. 53. gedachten Falle der possessio violenta freilich dadurch, daß dort der Besitz gleich anfänglich durch eigenmächtige Vertreibung des bisherigen Besitzers oder seiner Leute ergriffen worden war, hier aber das Grundstück hinter dem Rücken des vorigen Besitzer's oder seiner Leute occupirt, und diese heimliche Occupation nur erst nachher durch Gewalt behauptet ward; doch sind sich beide Fälle in juridischer Hinsicht ganz gleich: man kann von dem heimlichen Usurpator ebenfalls sagen „vi possidet" und zwar wegen seines nachherigen Benehmens, wodurch dem vorigen Besitzer die Wiedererlangung des Besitzes verwehrt wurde, weshalb auch die Gesetze nicht minder in diesem Falle das interdictum unde vi gegen den Usurpator verstatten [2]).

Gegenwärtiger Fall ist folglich von dem im §. 53. gedachten Falle in Rücksicht der rechtlichen Folgen nicht verschieden, es ist sowohl hier als dort eine Dejection vorhanden, wegen welcher das nämliche interdictum recuperandae possessionis gebraucht werden kann.

1) l. 3. §. 8. l. 6. §. 1. l. 7. l. 18. §. 3. l. 25. §. 2. l. 46. D. de poss. (41, 2), l. 1. §. 24. D. de vi (43, 17), von Savigny a. a. O. §. 40. S. 457—459—460, §. 43. S. 495, siehe auch §. 17. dieser Abh. Ueberläßt der heimliche Bemächtiger das occupirte Grundstück einem Dritten, so gilt die Besitznahme dieses Dritten, er mag den Ueberlasser für den eigentlichen Besitzer gehalten haben oder nicht, ebenfalls bloß als heimliche Occupation. Selbst in dem Falle, wenn der heimliche Occupant von einem Andern mit Gewalt verdrängt worden war, hatte dieser Andre den Besitz keinesweges erlangt; seine Besitznahme gilt nicht weniger mit Hinsicht auf den wahren Besitzer für eine bloße heimliche Occupation. (Savigny a. a. O. S. 158. Lange a. a. O. §. 318.).

Zu dieser heimlichen Occupation würden nach Savigny auch folgende Fälle gehören:

a) der bisherige Repräsentant des eigentlichen Besitzers verläßt die possessio, und diese verlassene possessio wird nun von einem Andern occupirt;

b) der bisherige Repräsentant übergiebt das Grundstück einem Dritten, welcher sich einen wirklichen Besitz daran anmaßt.

In beiden Fällen wird nach Savigny durch jene hinter dem Rücken des eigentlichen Besitzers unternommenen Handlungen des Repräsentanten und des Dritten an und für sich der Besitz nicht aufgehoben. (Savigny a. a. O. §. 33. S. 390—397, siehe dagegen Hufland neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitze S. 163—176; die Savignysche Meinung möchte aber doch in der Praxis den Vorzug haben: siehe Wernher P. V. O. 80).

2) In l. 6. §. 1. D. de poss. sagt Ulpian ausdrücklich: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possideri, non clam —

und in l. 1. §. 24. D. de vi wird in diesem Falle gesagt: vi dejectus videtur.

Savigny a. a. O. §. 41. S. 476—481.

§. 56.

Es könnte auffallend seyn:

daß die Römer bis auf die neuesten Zeiten das vi possidere und das clam possidere als besondere Arten des mangelhaften Besitzes von Grundstücken unterschieden haben, während beides doch in der That auf eins hinausläuft.

Dies läßt sich indessen auf folgende Art erklären: Zur Zeit der Einführung der Interdicte stand der Grundsatz noch nicht fest:

Grundstücke werden so lange besessen, als der Besitzer von der heimlichen Occupation nichts weiß;

man nahm vielmehr damals auch hinsichtlich der Grundstücke an, daß der Besitz durch bloße heimliche Occupation verloren werde, man gab zur Wiedererlangung des auf diese Art verlornen Besitzes das interdictum de clandestina possessione [1]). Diesem zufolge hatte es seinen guten Grund, daß in der Formel des prätorischen Edicts „uti possidetis" neben der possessio violenta auch der possessio clandestina gedacht ward [2]).

Seitdem nun aber jener Grundsatz fest steht, und also in allen denjenigen Fällen, in welchen sonst

eine clandestina possessio Statt gefunden haben mag, jetzt entweder kein Besitz verloren ist, oder das interdictum de vi gebraucht werden kann, hätte freilich auch wohl der Unterschied zwischen vi und clam possidere in Betreff der Grundstücke wegfallen müssen; daß derselbe doch für den im vorigen §. dargestellten Fall beibehalten worden ist, rührt wohl her von der Anhänglichkeit an die alten in der Formel des prätorischen Edicts einmal enthaltenen Ausdrücke, auch davon, daß man besonders auf den Anfang der Besitzerlangung sah, und sich überdies an die Sprache des gemeinen Lebens anschloß, welche wahrscheinlich jenen Fall auf die alte Weise immer noch unterschied 3). — Da die Gesetze sonach die Ausdrücke „vi possidet" und „clam possidet," ob sie gleich in Ansehung des interdictum unde vi auf eins hinauslaufen und gleichgeltend sind, dennoch bis auf die neuesten Zeiten unterschieden haben 4): so werden auch wir hier jene Ausdrücke unterscheiden, und dem gemäß das vi possidere (possessio violenta) und das clam possidere (possessio clandestina) als zwei besondere Arten des mangelhaften Besitzes aufführen müssen.

1) Daß es ein solches Interdict ehemals wirklich gegeben hat, ist von Savigny a. a. O. §. 41. gezeigt worden, siehe auch Thibaut a. a. O. §. 315. Das Gegentheil behauptet Zachariä a. a. O. S. 792—795.

2) l. 1. pr. D. uti possid. (43, 17): uti eas aedes quibus de agitur nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis etc.

3) Hierher gehört, was Hufland a. a. O. S. 11—12 sagt:

„die römischen Juristen haben die im menschlichen Ver„kehre einmal vorhandenen Verhältnisse mit denselben „Namen, welche die Menschen für das Verkehr schon „längst angenommen hatten und gebrauchten, belegt, oh„ne erst neue, wäre es auch zur festern Bezeichnung, er„finden, oder bestimmte ältere mit Ausschluß der andern „beibehalten zu wollen."

4) Siehe besonders §. 4. J. de interd. (4, 15).

§. 57.

Das heimliche Besitzen (clam possidere) ist in den beiden vorhergehenden §§. als eine Verletzung fremden Besitzes und als ein Grund zum interdictum unde vi betrachtet worden. Das heimliche Besitzen (clam possidere) wird in den Gesetzen auch noch in einer andern Bedeutung genommen, nämlich: „als heimliche Zueignung fremden Eigenthums;" in welcher Bedeutung es aber in die Lehre von der Verjährung gehört [1]). Die clandestina possessio in dieser zweiten Bedeutung ist eine mangelhafte Art, fremdes Eigenthum zu erwerben, während daß die clandestina possessio in der ersten Bedeutung eine mangelhafte Art ist, fremden Besitz zu erlangen. Wenn ich ein besitzloses Grundstück (z. B. das vom Erben noch nicht in Besitz genommene Grundstück des Verstorbenen) hinter dem Rücken desjenigen (z. B. des Erben), von welchem ich Widerspruch und die Anstellung einer Klage gegen

mich befürchten muß, verstohlner Weise in Besitz nehme (furtive ingressus sum possessionem): so ist dies eine heimliche Zueignung fremden Eigenthums, eine clandestina possessio in der zweiten Bedeutung, welche besonders von der Seite in Betracht kömmt, daß sie nicht usucapionsfähig ist. Da indessen in diesem Falle eine possessio vacua vorhanden war, so habe ich nicht auf die im §. 55. dargestellte Weise fremden Besitz verletzt: ich bin also kein possessor clandestinus in der ersten Bedeutung [2]. — Nun ergiebt sich zwar von selbst, daß die clandestina possessio in der zweiten Bedeutung ganz und gar nicht hierher gehört, weil hier bloß von Verletzung fremden Besitzes und davon, daß dadurch ein mangelhafter Besitz (possessio vitiosa, injusta) erlangt worden war, gehandelt wird; doch ist Ausnahmsweise sogar folgender Fall der clandestina possessio dieser Art hierher zu ziehen:

> Der Besitz eines Grundstücks war durch bloße Abwesenheit des Besitzers verloren worden, und diese vacua possessio hatte ein Andrer occupirt [3].

In diesem Falle ist keine Verletzung fremden Besitzes, sondern eine bloße heimliche Zueignung fremden Eigenthums (possessio clandestina in der zweiten Bedeutung) vorhanden [4], daher fand in demselben auch sonst kein Interdict, sondern nur eine dingliche Klage Statt; Justinian hat aber in

l. 11. C. unde vi (8, 5) die anomale Bestimmung gemacht, daß selbst dann, wenn Jemand sich eine solche besitzlose Sache eines Abwesenden anmaßt, das interdictum de vi gebraucht werden könne [5]: dieser besondere Fall muß also jetzt ebenfalls zu der possessio violenta oder der possessio clandestina in der ersten Bedeutung gerechnet werden.

1) l. 6. pr. D. de poss. (41, 2), l. 40. §. 2. §. 3. eod., l. 4. pr D. pro suo (41, 10), Westphal a. a. O. §. 68. §. 69. §. 70. §. 710. Vergl. l. 4. §. 21. D. de usurp. (41, 3), l. 5. D. pr. emt. (41, 4), Westphal a. a. O. §. 703. §. 704.

2) Vergl. l. 4. §. 22. D. de usurp., l. 4. §. 28. l. 33. §. 2. l. 37. §. 1. eod. Schon die ältern Rechtsgelehrten unterschieden daher ganz richtig zwischen clam possidere ratione possessionis und clam possidere ratione dominii. Barbosae Commentar. ad interpr. tit. ff. de judiciis l. 37. n. 413—434. Die possessio clandestina in der ersten Bedeutung und die possessio clandestina in der zweiten Bedeutung sind ganz verschiedene und ungleiche Begriffe; sie sind ihrem logischen Range nach nicht als subordinirte, sondern als coordinirte Begriffe anzusehen. Das clam possidere ratione dominii braucht, wie im §. gezeigt worden ist, gerade kein clam possidere ratione possessionis zu seyn. Eben so wenig braucht aber auch das clam possidere ratione possessionis gerade ein clam possidere ratione dominii zu enthalten, indem ja der wahre Eigenthümer selbst das Grundstück heimlich occupirt, und so den Besitz davon cum vitio erlangt haben kann (l. 8. D. de vi, l. 4. §. 26. D. de usurp.), in welchem Falle zwar gesagt werden kann:

clam possidet ratione possessionis,

nicht aber:

clam possidet ratione dominii.

Nur durch gehörige Distinction dieser beiden Arten der possessio clandestina können die in der vorhergehenden Anmerkung angeführten Gesetzstellen, welche sich alle auf die possessio clandestina in der zweiten Bedeutung beziehen, die erfoderliche Klarheit und Deutlichkeit erhalten.

So bezieht sich l. 40 §. 3. D. de poss. augenscheinlich auf die clandestina possessio in der zweiten Bedeutung, und zwar auf eine solche, welche bewegliche Sachen betrifft; dies Gesetz steht mit l. 4. §. 21. D. de usurp. und l. 5. pro Emt. in Verbindung. Vergleiche Westphal a. a. O. §. 703. §. 704. Auch Wissenbach exercit. ad Pand. S. 833. §. 27. stimmt damit überein, indem er sagt:

„Servum meum bonae fidei emtori clam abduxi, an „clam possidere videor? Neg. nam abduxi quidem „clam, sed non habeo, non possideo clam, l. 40. §. 3. „de poss. Clam habere rem est, rem celare metu vin„dicationis aut actionis Publicianae. Similiter etsi „rem meam precario rogavero, non tamen possideo „precario, sed pro meo, (l. in rebus 4. §. pen. D. de „precar.). An autem qui clam abduxit servum suum, „tenetur furti. Disting. l. 53. §. ult. l. 59. D. de furt. „Cujac. tract. 7. ad Afric. inexplic. d. l. 40.“

Savigny a. a O. §. 41. S. 476. hat bloß den allgemeinen Begriff aufgestellt:

„clandestina possessio heißt ein solcher Besitz, dessen Ap„prehension einem Andern dessen Widerspruch man fürch„tete, verheimlicht worden ist.“

Dieser allgemeine Begriff, in so weit er nicht in den eben gedachten beiden Arten betrachtet wird, möchte indessen eben von keinem juristischen Gebrauche seyn.

3) l. 37. §. 1. D. de usurp. (41, 3) bestimmt die Fälle, in welchen eine solche possessio vacua anzunehmen ist; es heißt daselbst:

fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem: quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit.

Vom letzten Falle ist hier die Rede, vergleiche auch l. 4. §. 22. §. 28, l. 33. §. 2. D. de usurp. (41, 3), Savigny a. a. O. §. 32. S. 377, 378.

4) Es war nämlich bloß der Besitz, nicht aber zugleich das Eigenthum durch die lange Abwesenheit verloren worden.

5) Savigny a. a. O. §. 43. S. 497, siehe auch Westphal a. a. O. §. 251, Schweppe R. Privatr. §. 560. Westphal bemerkt bei diesem Gesetze mit Recht: „Hier ist eine „merkwürdige Ausnahme, die also nicht außer dem Falle, „wo Abwesenheit dem Besitzer zu Statten kömmt, zu ge„brauchen ist."

Possessio precaria.

§. 58.

Im §. 52. ist das precarium zu denjenigen rechtlichen Geschäften gezählt worden, durch welche ein sogenannter abgeleiteter Besitz entstehen kann. — Wir gehen nun hier davon aus, daß durch das precarium der Besitz wirklich überlassen worden war, und wollen die Qualität dieses precario entstandenen Besitzes (possessio precaria) in Vergleichung mit der

possessio violenta und clandestina näher beleuchten.

§. 59.

Derjenige, welcher das Grundstück eines Andern precario besitzt, muß dasselbe zu jeder Zeit, sobald der Verleiher es verlangt, wieder zurückgeben [1]); thut er dies nicht, so steht dem precario dans das interdictum de precario zu, welches dem interdictum unde vi ähnlich ist [2]), und als ein auf Wiedererlangung des Besitzes abzweckendes Interdict betrachtet werden muß [3]). Der Kläger braucht bei diesem Interdicte nur darzuthun, daß er den Besitz wirklich gehabt, und denselben precario überlassen hatte; wird dieser Punkt von ihm dargethan, so muß ihm der Besitz wiederum eingeräumt werden, ohne daß sein Rechtstitel an der Sache zur Sprache kömmt [4]).

Da das precarium demnach zu jeder Zeit dem Widerrufe ausgesetzt ist, so hat die possessio precaria schon an und für sich vom Anfange an mit der possessio violenta und clandestina in sofern große Aehnlichkeit, daß sie eben so wie diese beiden letztern durch ein interdictum recuperandae possessionis stets wieder entzogen werden kann; der possessor precarius darf das ihm willkührlich Verliehene gegen den Geber keineswegs als einen festen Besitz behaupten; sein Besitz erscheint als ein Ephemeron ganz von der Willkühr des Concedenten abhängig.

Faßt man dies Uebereinstimmende (Identische) unter den Eigenschaften der possessio precaria, possessio violenta und possessio clandestina zusammen, indem man von den Verschiedenheiten, welche übrigens unter denselben Statt finden, absieht, so gewinnt man durch diese Abstraction und Synthesis den höhern Begriff „possessio vitiosa (injusta)," welcher die possessio precaria, violenta und clandestina unter sich enthält, die nun als Artbegriffe eines und desselben Gattungsbegriffs erscheinen.

1) Siehe den ganzen Titel der Pandecten de precario Lib. 43, 26.

2) l. 2. pr. §. 1. §. 2. l. 8. §. 4. §. 6. l. 14. l. 15. pr. D. de precar. (43, 26). Savigny a. a. O. §. 42. S. 484. Dies Interdict ist eben so wie das interdictum unde vi bloß persönlich; es findet nie gegen einen dritten Besitzer Statt. (Westphal a. a. O. §. 113). Nach l. 34. C. locat. (4, 65) sollen die

alienam cujuslibet rei possessionem precario detinentes, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint

wie die invasores alienae possessionis behandelt werden.

3) l. 2. §. 1. D. de precar. (43, 26):

hoc interdictum restitutorium est.

Savigny a. a. O. §. 11. S. 155. §. 2. S. 8.

4) l. 7. D. de precar. (43, 26). Westphal a. a. O. §. 112.

§. 60.

Die Gesetze sind auch in der That von diesem richtigen Gesichtspunkte ausgegangen: denn sie haben

das „precario possidet“ ohne Weiteres dem „vi vel clam possidet“ zur Seite gestellt [1]), und dadurch anerkannt, daß nach der im vorhergehenden §. entwickelten Ansicht die possessio precaria, violenta und clandestina als coordinirte Begriffe, und zwar als besondere Theile aus der Sphäre des Begriffs possessio vitiosa (injusta), betrachtet werden müssen, daß sonach die possessio precaria schon an und für sich vom Anfange an vitiosa (injusta) genannt werden muß, eben so wie die possessio violenta und clandestina. Dies bestätigt sich überdies dadurch: es wird unter anderen Gesetzstellen vorzüglich in l. 31. §. 4. D. de usurp. (41, 3) gesagt:

> si vi aut clam aut precario possessionem nactus quis —

und im §. 4. Inst. de interd.

> si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem — etiam si alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret.

Hier wird augenscheinlich das „precario nancisci possessionem,“ und das „precario rogare aliquem, ut sibi possidere liceat“ schon an und für sich für eine mangelhafte Art, den Besitz zu erlangen, die precaria possessio also vom An-

fange an für eine possessio vitiosa (injusta) ausdrücklich erklärt [2].

1) l. 1. pr. §. 5. §. 9. D. uti possid. (43, 17), l. 13. §. 1. D. de poss. (41, 2), l. 31. §. 4. D. de usurp. (41, 3), l. un. §. 1. D. utrubi (43, 31), §. 4. §. 6. J. de interd. (4, 15).

2) Wenn die possessio precaria in den Gesetzen hin und wieder justa genannt wird (l. 7. §. 4. D. comm. divid. (10, 3), l. 13. §. 1. D. de public. in rem act. (6, 2), l. 22. §. 1. D. de noxalib. action. (9, 41); so geschieht dies in einer ganz andern Hinsicht, nämlich in Beziehung auf den Umstand, daß dieselbe durch ein erlaubtes rechtliches Geschäft entstanden war; in dieser Hinsicht wird sie freilich nur erst durch die verweigerte Restitution injusta, und unterscheidet sich, wie Ulpian in l. 7. §. 4. comm. divid. ganz richtig bemerkt, von der possessio violenta et clandestina, welche durch ein maleficium entstanden waren, also als injustae in dieser Hinsicht vom Anfange an erschienen (§. 53. Anmerk. 4); siehe auch Fleck hermeneutices tit. ff. de possess. p. 107.

§. 61.

Aus dieser Darstellung der precaria possessio erhellet, daß sie nicht erst durch den wirklichen Widerruf und durch Verweigerung der Restitution possessio vitiosa (injusta) in dem hier angenommenen Sinne wird, sondern daß sie in den Gesetzen schlechthin dafür erklärt worden ist [1].

1) Von andern Ansichten ist Savigny §. 42. S. 484. n. 1. ausgegangen; siehe jedoch Cuperus a. a. O. P. II. c. 7.

et 13. — Zur Bestätigung der hier entwickelten Ansichten wird noch folgendes angeführt:

Nach einer ältern Theorie, wovon sich noch die Spuren in einigen Pandectenstellen finden, (l. 3. §. 5. D. de acq. poss. (41, 2), l. 3. pr. D. uti poss., l. 15. §. 4., l. 19. pr. D. de precar. (43, 26) verlor derjenige, gegen den ein Andrer vi, clam, oder precario in den Besitz gelangt war, den Besitz nicht, sondern es besaßen alsdann Beide, der Eine juste und der Andre injuste. Nach dieser Theorie war daher der rogatus sowohl als der rogans possessor, indem der erste juste, der andre injuste besaß; es war danach die possessio precaria vom Anfange an posessio injusta in jener Bedeutung. Ob nun gleich diese Theorie nachher abgeändert worden ist (Savigny a. a. O. §. 11. S. 157), so ist doch die Ansicht geblieben, daß die possessio precaria gleich anfänglich eben so injusta in diesem Sinne ist, wie die possessio violenta und clandestina. — Daß übrigens Julian in l. 19. pr. D. de precar. die possessio precaria, als justa in diesem Sinne, der possessio violenta und clandestina entgegengesetzt habe, ist um so weniger anzunehmen, da derselbe, als Anhänger jener ältern Theorie, durch eine solche Behauptung mit sich selbst in Widerspruch gerathen wäre; was auch von Cuperus a. a. O. P. II. c. 14. gezeigt worden ist.

Auch in den Basiliken (im Titel περὶ παραγγελίας uti possidetis) wird derjenige, welcher παρακλήσει den Besitz erlangt hat, mit denen, welche βίᾳ ἢ λάθρᾳ besitzen, zusammen gestellt, und daher als solcher gleich anfänglich für einen mangelhaften Besitzer erklärt. Das Nämliche geschieht in Theophilus Paraphrase (§. IV. §. VI.) de interd.

§. 62.

Aus den angestellten Untersuchungen ergiebt sich folgendes Resultat:

Die Gesetze erklären den Besitz in drei Fällen für mangelhaft, possessio vitiosa (injusta), nämlich: wenn jemand gewaltsam (vi) besitzt (§. 53—54), oder heimlich (clam) besitzt (§. 55—57), oder bittweise (precario) besitzt (§. 58—61); vis, clandestinitas, precarium werden als drei verschiedene vitia possessionis betrachtet, und es giebt daher drei Arten von mangelhaftem Besitze: possessio violenta, clandestina, precaria.

Die Gesetze nehmen davon ein Eintheilungsprincip für den Besitz überhaupt her, indem sie diesen in possessio vitiosa (injusta) und in possessio non vitiosa (justa) eintheilen, je nach dem einer von jenen drei Fällen eintritt oder nicht.

Der mangelhafte Besitz possessio vitiosa (injusta) ist kein fester (dauerhafter) Besitz, weil er wegen der Art seiner Entstehung entweder durch das interdictum de vi oder durch das interdictum de precario wieder genommen werden kann; es läßt sich folglich derselbe auch so definiren:

es ist ein Besitz, welchen ein Andrer durch ein interdictum recuperandae possessionis wieder entziehen kann [r]).

Dagegen ist derjenige Besitz **justa** (sine vitio) in dieser Beziehung, welcher weder durch das interdictum de vi noch durch das interdictum de precario angefochten werden kann, und deshalb von der Beschaffenheit ist, daß ein Andrer denselben nur durch Anstellung einer ordentlichen Klage, und dadurch, daß er ein besseres Recht dazu nachweist, rechtlich zu fodern im Stande ist [2]).

1) Darauf beziehen sich auch wohl l. 17. pr. l. 22. D. de poss. (41, 2); diese Gesetze wollen sagen:

derjenige, welcher den Besitz injuste erlangt hat, kann nicht als ein solcher, welcher fest und dauerhaft besitzt, betrachtet werden, vergl. l. 4. §. 26. D. de usurp. (41, 3).

2) Es heißt daher in l. 4. §. 12. D. de usurp. (41, 3):

cum possessionem ejus nactus sit juste, ut avelli non possit —

vergl. l. 1. §. 5. D. de except. rei vend. (21, 3). Hiermit stimmt auch das preuß. Landrecht überein, welches Th. 1. Tit. 7. §. 161. verordnet:

„Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines „Rechts weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List, „oder bloß bittweise überkommen hat, kann der vorige „Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur in sofern „klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze nachzu„weisen hat."

§. 63.

Die Gesetze bedienen sich des Ausdrucks: „possessio vitiosa" (injusta) auch noch in **Beziehung auf die Verjährung**; sie bezeichnen alsdann da-

durch denjenigen Besitz, welcher nicht usucapions-fähig ist. Soll nämlich der Besitz usucapionsfähig seyn, so muß er mit bona fide und justa causa angefangen haben, und die besessene Sache muß nicht besonders von der Usucapion ausgenommen seyn; sind diese Erfordernisse nicht sämmtlich da, so ist ein vitium vorhanden, welches der Usucapion entgegensteht [1]).

In dieser Bedeutung bezeichnet also possessio vitiosa (injusta) einen ganz andern Begriff als derjenige ist, welcher nach dem Vorhergehenden durch possessio vitiosa bezeichnet wurde; dort ward dadurch ein solcher Besitz angedeutet, welcher wegen der Art der Erlangung durch ein interdictum recuperandae possessionis wieder entzogen werden kann, hier wird dadurch überhaupt jeder Besitz ausgedrückt, welcher nicht von der Beschaffenheit ist, daß er durch Usucapion zum Eigenthume führt. — Eine Art der possessio vitiosa in diesem Sinne genommen, ist die im §. 57 erwähnte possessio clandestina in der zweiten Bedeutung.

1) l. 2. §. 11. §. 13. l. 7. §. 4. D. pr. emt. (41, 4), l. 15. §. 2. D. de usurp. (41, 3), l. 24. §. 1. eod., l. 13. §. 1. §. 13. D. de poss. (41, 2), l. 11. C. de acquir. vel retin. poss. (7, 32); Westphal a. a. O. §. 531. §. 532. §. 576. Diese possessio vitiosa wird in den Gesetzen auch durch possessio naturalis bezeichnet (l. 1. §. 9. §. 10. D. de vi (43, 16), Savigny a. a. O. §. 7. Thibaut P. R. §. 296. Schweppe R. P. R. §. 214.).

§. 64.

Da einerlei Ausdrücke für verschiedene und ungleiche Begriffe leicht zu Mißverständnissen führen können, so werden wir für die im §. 62. festgestellten und hier zur Sprache kommenden Begriffe von possessio vitiosa (injusta) und possessio non vitiosa (justa) in der Zukunft lediglich die Ausdrücke:

„unechter und echter Besitz"

gebrauchen. Denn die von den Gesetzen für die possessio vitiosa — non vitiosa in diesem Sinne gewöhnlich gebrauchte Bezeichnung:

possessio injusta — justa —

scheint dem deutschen Ausdrucke: „unechter Besitz" und „echter Besitz" ganz zu entsprechen [1]).

1) Justus in dem Sinne als echt, das hier in der Bedeutung als vollkommen, gehörig beschaffen genommen wird, (Campe Wörterbuch der deutschen Sprache beim Worte: echt), kömmt nicht nur bei andern Gelegenheiten in den Gesetzen, sondern auch in den römischen Klassikern vor, man sagt: justa libertas — justus triumphus — justa victoria — (Brissonius de verb. sig. v. justus p. 687 —689 ed. Hal. 1743). Das lateinische justus in diesem Sinne entspricht dem französischen juste und comme il faut; das griechische δίκαιος wird eben so gebraucht, man sagt: συγγραφεὺς δίκαιος [echter (vollkommener) Schriftsteller], weswegen auch die Basiliken das juste et injuste possidere in dieser Bedeutung durch δικαίως καὶ ἀδίκως νέμεσθαι ausdrücken. — Die Ausdrücke „unechter Besitz, echter Besitz" stimmen überdies mit den dafür in den Gesetzen auch ge-

brauchten Ausdrücken: „possessio vitiosa, possessio non vitiosa" völlig überein. Denn vitiosum entspricht dann dem deutschen Worte „mangelhaft" welches das, was die gehörige Vollkommenheit nicht hat, andeutet (Eberhard Synonymik bei den Wörtern: fehlerhaft, mangelhaft). Durch mangelhaften Besitz (possessio vitiosa) wird daher der unechte Besitz, und durch den nicht mangelhaften Besitz (possessio non vitiosa) der echte Besitz bezeichnet, gerade so wie die Griechen durch:

ἀνεπιλήπτως, δίχα ἐλαττώματος νέμεται (Theophilus de interd. §. 1.)

den echten Besitz bezeichnen. — Die im vorstehenden §. aufgestellte neue Terminologie wird daher in aller Hinsicht gerechtfertigt. Zur Rechtfertigung derselben dient auch wohl der Umstand, daß das östetreichische Gesetzbuch sich jener Bezeichnungen ebenfalls bedient §. 345. §. 1464.

Die Ausdrücke: „possessio justa et injusta" werden in den Gesetzen noch in anderen Bedeutungen genommen. (Klepe de nat. et ind. poss. ad interd. Cap. 1. p. 20, 21. Fleck hermeneut. tit. ff. de adquir. vel amitt. poss. spec. II. p. 107. n. 1.). In diesen anderen Bedeutungen, welche die gewöhnlichern seyn möchten, heißt justum das Rechtmäßige überhaupt. So ward dasselbe genommen, als im vorhergehenden §. bemerkt ward, daß zur Usucapion justa causa erforderlich sey. — So ward nach §. 60. Anm. 2. die precaria possessio aus dem Grunde zwar justa (rechtmäßig) genannt, weil sie aus einem erlaubten rechtlichen Geschäfte entstanden war; sie mußte aber dessenungeachtet als ein unechter Besitz dargestellt werden. Denn die possessio violenta, clandestina, precaria gehören, wie wir gesehen haben, allerdings unter den Begriff von unechtem Besitze (§. 59.), ob sie gleich in der Hinsicht specifisch verschieden sind, daß die ersten beiden gleich

vom Anfange an als unrechtmäßig erscheinen, die letzte aber erst rupto et revocato precario unrechtmäßig wird (§. 53. Anmerk. 4, §. 60. Anmerk. 2). Es kommt immer darauf an, in welchem Sinne injustum genommen wird; in dem Sinne als unrechtmäßig sind die possessio violenta et clandestina von der possessio precaria verschieden (l. 24. D. de poss., l. 7. §. 4. D. com. divid.); in dem Sinne als unecht stehen aber possessio violenta, clandestina, precaria allerdings zunächst unter einerlei Gattungsbegriffe.

§. 65.

Man muß sich hüten, den in Bezug auf die Usucapion mangelhaften Besitz mit dem unechten Besitze zu verwechseln.

So hat z. B. der Ehegatte an dem Grundstücke, welches er vom andern Ehegatten zum Geschenk erhalten hat, und das er auf diese Weise besitzt, keinen Usucapionsbesitz; sein Besitz ist mit Hinsicht auf die Usucapion possessio vitiosa (injusta) [1]. Dessenungeachtet ist aber derselbe kein unechter Besitzer, da er den Besitz weder vi noch clam noch precario vom schenkenden Ehegatten erlangt hat; sein Besitz ist der Form (der Erlangung) nach echt, und nur mit Hinsicht auf den Besitztitel nicht rechtsbeständig; er besitzt zwar nicht pro donato aber doch pro possessore [2].

So kann auch derjenige, welcher wissentlich eine fremde Sache gekauft, und überliefert erhalten hat, nicht usucapiren, weil wegen der ermangelnden

6 *

bona fides der Anfang seines Besitzes fehlerhaft ist; er ist aber kein unechter Besitzer, da er den Besitz durch Ueberlieferung, also weder vi, noch clam, noch precario, bekommen hat.

Man muß daher den unechten Besitz von dem mit Hinsicht auf die Verjährung mangelhaften Besitze sorgfältig unterscheiden; was die Gesetze überdies ausdrücklich verordnen, indem Paulus [3]) lehrt:

> separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emtore possidet, licet usu non capiat.

1) l. 1. §. 2. D. pro donat. (41, 6), l. 3. §. 10. D. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1), l. 26. pr. eod., Savigny a. a. O. §. 7. S. 55—56; dies wird ausgedrückt durch: civiliter non possidet — jure civili non possidet. —

2) l. 1. §. 4., l. 16. D. de poss. (41, 2), l. 1. §. 2. in fin. pro donat. (41, 6), l. 1. §. 9. §. 10. D. de vi (43, 16), Savigny a. a. O. §. 7. S. 54. §. 8. S. 81., Thibaut civilist. Abhandl., Abh. 15., Westphal a. a. O. §. 48—49. Wenn Klepe a. a. O. Cap. 2. p. 23. nach Cuperus behauptet, daß der beschenkte Ehegatte durch das interdictum uti possidetis gegen Niemanden geschützt werde, weil er nicht jure civili besitze, so ist diese Ansicht besonders eine Folge des falschen Begriffs von possessio civilis.

Das interdictum uti possidetis kömmt dem beschenkten Ehegatten allerdings zu, weil er wirklich besitzt; daß

selbe steht ihm selbst gegen den schenkenden Ehegatten zu, weil er mit Hinsicht auf diesen echt (juste) (weder vi, noch clam, noch precario) besitzt; was die Gesetze auch dadurch anerkennen, daß sie dem schenkenden Ehegatten zur Wiedererlangung der verschenkten Sache keineswegs ein possessorisches Rechtsmittel, sondern bloß rei vindicatio, und den Umständen nach eine andere Klage verstatten.

3) l. 2. §. 1. D. pr. emt. (41, 4).

§. 66.

Vergleicht man den unechten Besitz, in sofern darin zugleich eine Anmaßung fremden Eigenthums liegt, mit der im §. 63. dargestellten possessio vitiosa (injusta), so ergiebt sich:

jeder unechte Besitz ist auch mit Hinsicht auf die Verjährung mangelhaft [1]), allein nicht jeder mit Hinsicht auf die Verjährung mangelhafte Besitz ist darum auch unecht.

Denn der Begriff von „possessio vitiosa (injusta) mit Hinsicht auf die Verjährung" und der Begriff von „unechtem Besitze" stehen nach den bisherigen Erörterungen im Verhältnisse der Subordination; ersterer ist der übergeordnete, letzterer der untergeordnete: ersterer ist also ein Merkmal für letztern, hat aber auch einen weitern Umfang als dieser [2]).

Daraus, daß der mit Hinsicht auf die Verjährung mangelhafte Besitz und der unechte Besitz subordinirte

Begriffe sind, folgt zugleich nach logischen Gesetzen weiter, daß, wenn man von beiden das widersprechende Gegentheil setzt, der Umfang der Verneinung des erstern (des höhern) kleiner seyn muß, als der Umfang der Verneinung des letztern (des niedern): possessio non vitiosa (justa) mit Hinsicht auf die Verjährung — der Usucapionsbesitz [3]) — hat also einen kleinern Umfang als der echte Besitz; unter die Sphäre des echten Besitzes gehört jeder Besitz, welcher ohne Gewalt, ohne Verheimlichung und ohne Precarium angefangen hat, ob er gleich die übrigen Erfordernisse, welche zur Usucapion gehören, nicht hat.

1) Die possessio violenta, clandestina, precaria werden daher auch als Arten der possessio vitiosa im Sinne des §. 63. betrachtet, (l. 13. §. 1. §. 13. D. de poss.) und alsdann von den Griechen durch: βίᾳ, ἢ λάθρᾳ, ἢ ἀπάθῃ νέμεσθαι ausgedrückt.

2) So hat der Begriff von possessio vitiosa (injusta) mit Hinsicht auf die Verjährung die possessio clandestina in der ersten und zweiten Bedeutung unter sich (§. 57. §. 63), in sofern beide als Anmaßungen fremden Eigenthums betrachtet werden.

3) Der Usucapionsbesitz wird in den Gesetzen auch durch possessio civilis bezeichnet (Savigny a. a. O. §. 7.).

§. 67.

Noch muß bemerkt werden, daß mit dem unechten Besitze die possessio nulla (invalida) nicht zu verwechseln ist; unter letzterer verstehen wir

einen angeblichen juristischen Besitz, welcher den Rechten nach gar nicht existirt, und in Bezug auf das interdict. uti poss. gar keine rechtliche Wirkung hervorbringt [1]. Dahin würde z. B. folgender Fall gehören:

Sempronius hat von einem Gute, in dessen Besitz Titius war, hinter dem Rücken desselben förmlich Besitz genommen, und behauptet nunmehr, daß er Besitzer des Gutes sey, obgleich diese Besitznahme keinen Besitz begründet, weil Titius, sobald er diese heimliche Occupation erfährt, den heimlichen Occupanten eigenmächtig wieder vertreiben kann (§. 17. §. 55.).

Auf die Verschiedenheit der Begriffe von „unechtem Besitze" und von „possessio nulla (invalida)" muß um so mehr aufmerksam gemacht werden, da für beide oft die nämlichen Ausdrücke gebraucht werden; es wird z. B. in dem eben angeführten Falle der angebliche Besitz des Sempronius auch wohl possessio clandestina (vitiosa) [2] genannt, ob er gleich lediglich mit dem Ausdrucke „possessio nulla, invalida" bezeichnet werden muß, wenn Begriffsverwirrungen vermieden werden sollen. — Der unechte Besitz ist ein wahrer Besitz; alle Eigenschaften des Besitzes als solchen (alle wesentlichen Stücke) sind dabei vorhanden, nur die Beschaffenheit der Dauerhaftigkeit mangelt ihm, weil er durch ein interdictum recuperan-

dae possessionis wieder entzogen werden kann, so daß er wegen dieses Mangels der gehörigen Vollkommenheit unecht (injusta) genannt wird. Dagegen ist die possessio nulla (invalida) kein wahrer Besitz, es ist bloß ein scheinbarer, falscher Besitz, weil dabei nicht einmal alle Eigenschaften (alle wesentlichen Stücke) vorhanden sind [3]. Bei der possessio nulla mangelt das Daseyn des Besitzes; beim unechten Besitze mangelt nicht das Daseyn, sondern nur die Fortsetzung dieses Daseyns (die Echtheit des Besitzes).

1) Der Grund der Ungiltigkeit mag nun in dem Subjecte, oder Objecte, oder in der Art des Erwerbes des angeblichen Besitzes liegen (Thibaut P. R. §. 297.). Bei dem unechten Besitze und bei der possessio vitiosa mit Hinsicht auf die Usucapion ward vorausgesetzt, daß der Besitz an und für sich nicht null war: non entis nullae sunt praedicationes!

2) Postius tractat. mand. de manutenendo Obs. 21. n. 38.

3) Siehe wegen des Unterschiedes zwischen „echt und wahr" und zwischen „falsch und unecht" Eberhards Synonymik bei den Wörtern „echt, wahr, recht" und bei den Wörtern „falsch, unecht, unrecht, unrichtig."

Es wird durch die daselbst gegebene Zergliederung der Bedeutungen von diesen Wörtern die hier aufgestellte neue Terminologie überhaupt völlig gerechtfertigt. — „Falsch „(heißt es daselbst) nennt man das, was keine von den Be„schaffenheiten hat, die einem Dinge seiner Art zukommen „müssen, sofern es alsdann nicht das Ding ist, das es „scheint und für das es angegeben wird; unecht aber, so-

„fern es die Vollkommenheiten nicht hat, die ihm den Werth „geben, der einem Dinge seiner Art zukömmt.“

Diese Ausdrücke passen also ganz auf die auseinandergesetzten Begriffe von unechtem Besitze und von possessio nulla (invalida). Der Begriff von possessio nulla (invalida) wird zwar in den Gesetzen nicht besonders bezeichnet; er liegt aber in den gesetzlichen Vorschriften, und mußte hier in doctrineller Beziehung durch eine besondere Bezeichnung herausgehoben werden. (Siehe §. 82. §. 86. §. 94. §. 108. Anmerk. 1). Eine Art dieser possessio nulla wird in den Gesetzen durch possessio naturalis bezeichnet, nämlich der bloß scheinbare Besitz derjenigen, welche nur in possessione sind. Donellus a. a. O. lib. 5. c. 7. §. 9., Savigny a. a. O. §. 7., siehe auch §. 44. dies. Abh.

II. In wie fern dem Kläger die Unechtheit seines Besitzes exceptio possessionis vitiosae (injustae) entgegensteht?

§. 68.

Es ist ausgemacht, daß der Besitzer als solcher vor der Eigenmacht jedes Andern in Ansehung seines Besitzes rechtlichen Schutz erhält; er braucht nicht erst seinen Besitztitel darzuthun, um diesen rechtlichen Schutz zu genießen. Daraus folgt von selbst, daß beim interdictum uti possidetis der Punkt nicht zur Untersuchung kommen kann, ob der Besitz des Klägers mit Hinsicht auf die Usucapion eine possessio vitiosa sey oder nicht?

§. 69.

Eine andre Frage, welche sich darbietet, ist nun aber die:

ist zur Anstellung dieses Interdicts erfoderlich, daß der Besitz des Klägers echt sey?

Um diese Frage, von welcher jetzt gehandelt werden soll, gehörig zu beantworten, muß man zwei Fälle unterscheiden:

1) das Interdict wird nicht gegen denjenigen, von welchem der Kläger auf eine unechte Weise besitzt, sondern gegen einen Andern angestellt;

2) das Interdict wird gegen denjenigen angestellt, von welchem der Kläger den Besitz vi, aut clam, aut precario erlangt hatte.

§. 70.

Im ersten Falle kömmt darauf nichts an:

ob der Besitz des Klägers echt sey oder nicht [1].

Denn, wenn der Beklagte zur Beschönigung der Besitzstörung den Einwand machen wollte:

„der Kläger habe den Besitz von einem An„dern injuste erlangt"

so würde dies eine exceptio de jure tertii seyn, welche nicht berücksichtigt werden kann. Hatte also derjenige, welcher das interdictum uti possidetis

anstellt, zwar den Besitz vi oder clam oder precario erlangt, aber nicht vom Beklagten, sondern von einem Dritten, so kann der Beklagte aus diesem Umstande keinen Einwand herleiten; er wird vielmehr, in sofern der Kläger nur seinen Besitz dargethan hat, als Störer verurtheilt. Paulus [2]) lehrt deswegen mit ausdrücklichen Worten:

> justa enim an injusta adversus caeteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscunque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.

1) l. ult. D. de poss. (41, 2), l. 1. pr. §. 5. §. 9., l. 2. D. uti possid. (43, 17), §. 4. Inst. de interd. (4, 15), l. 17. D. de precar. (43, 26), l. 3. pr. D. uti possid.

2) l. 2. D. uti possid. (43, 17), darauf bezieht sich auch die Stelle in l. 3. §. 5. D. de poss.:

> quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat.

In beiden Fragmenten wird unter der possessio justa et injusta der echte und unechte Besitz verstanden; Paulus hat dadurch keineswegs den rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Besitz (den Besitz mit Beziehung auf den Rechtstitel) bezeichnen wollen. Es ist für sich einleuchtend, daß Trebatius in l. 3. §. 5. D. uti poss., indem er die Meinung des Sabinus billigte, den echten und unechten Besitz vor Augen hatte, weil von einer Art des letztern, nämlich von der possessio precaria, die Rede war, und also lediglich der echte und unechte Besitz hiebei zur Sprache kamen. — Indem nun Labeo den Trebatius widerlegte und Paulus dem Labeo beistimmte,

so mußten auch diese beiden hier lediglich den echten und unechten Besitz im Sinne haben. (Siehe §. 61. Anm. 1, §. 74. Anm. 1.)

Da die Begriffe von echtem und unechtem Besitze bisher noch nicht gehörig feststanden, so ist l. 3. §. 5. zum Theil anders ausgelegt werden von Donellus a. a. O. Lib. 5. Cap. VI. §. 5. Cap. VII. §. 1. seqq., von Savigny a. a. O. §. 8. S. 33. §. 11. S. 142, von Westphal a. a. O. §. 65. Letzterer (a. a. O. §. 228.) versteht sogar die in l. 2. D. uti poss. vorkommenden Ausdrücke „justa et injusta possessio" vom rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitze; was zu den schiefsten Ansichten Veranlassung giebt. Die ebengedachte l. 2. D. uti poss. ist vielmehr so zu übersetzen:

„ob der Besitz echt oder unecht sey, darauf kömmt „nichts an, in sofern vom Schutze des Besitzers gegen „denjenigen, von welchem er nicht unecht besitzt, die „Rede ist."

Auch der obenangeführte Ausspruch des Labeo, welchem Paulus beistimmt:

quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat —

muß so übersetzt werden:

„denn im Ganzen kömmt beim Besitze nicht viel dar„auf an, ob jemand echt oder unecht besitze," (indem nur alsdann darauf etwas ankömmt, wenn der Besitzer gegen denjenigen geschützt seyn will, von welchem er unecht besitzt).

§. 71.

Im zweiten Falle dagegen ist demjenigen, welcher den Besitz entweder vi oder clam verloren, oder

oder precario überlassen hatte, gegen den unechten Besitzer, der sich des interdictum uti possidetis gegen ihn bedient, die Einrede:

„der Kläger habe mit Hinsicht auf ihn einen unechten Besitz"

allerdings gestattet worden [1]).

Da es drei Arten des unechten Besitzes giebt: possessio violenta, clandestina, precaria, so bezieht sich die ebengedachte Einrede des unechten Besitzes (exceptio possessionis vitiosae) auf eine dieser drei Arten: sie ist also entweder exceptio possessionis violentae, oder exceptio possessionis clandestinae [2]), oder exceptio possessionis precariae.

1) l. 1. pr. §. 5. §. 9. D. uti possid. (43, 17), §. 4. Inst. de interd. (4, 15), l. 17. D. de precar. (43, 26), l. 3. C. unde vi (8, 4).

2) Savigny a. a. O. (§. 41. S. 478. S. 481.) scheint die exceptio clandestinae possessionis in einem weitern Sinne zu nehmen; er bezieht sie nämlich auf den von ihm aufgestellten (im §. 57. Anm. 2. bereits erwähnten) allgemeinen Begriff der clandestina possessio, welcher nicht nothwendig Verletzung fremden Besitzes zu seyn braucht, sondern bloße Verletzung fremden Eigenthums seyn kann.

Dagegen ist indessen wohl Folgendes zu erinnern:

Sollte die dem interdictum uti possidetis entgegenstehende exceptio clandestinae possessionis in einem so weiten Sinne zu nehmen seyn, daß sie selbst auf die heimliche Zueignung fremden Eigenthums bezogen werden müßte, so könnte der Beklagte dem Kläger Mangel an bona fide

Mangel am Besitztitel vorwerfen; was aber beim interdictum uti possidetis, als einem possessorischen Rechtsmittel, gar nicht zur Sprache kommen darf (§. 26. §. 68.).

Jene Behauptung des Herrn von Savigny möchte überdies auch mit den übrigen Aufstellungen desselben nicht übereinstimmen, da er an einem andern Orte seiner geistreichen Schrift (§. 39. S. 432) selbst sagt:

„Der Grund dieser Einrede (daß der Besitz des Klägers „mit Gewalt, oder heimlich, oder durch ein precarium „angefangen habe) liegt darin, daß in allen solchen „Fällen der Beklagte ohnehin ein interdictum recupe„randae possessionis hat."

Dadurch hat Herr von Savigny zugegeben, daß auch die exceptio clandestinae possessionis darin ihren Grund hat:

daß dem Beklagten wegen der gegentheiligen possessio clandestina ein interdictum recuperandae possessionis zusteht.

Gründet sich nun aber die exceptio clandestinae possessionis darauf, daß dem Beklagten ein interdictum recuperandae possessionis zukömmt, so leuchtet von selbst ein, daß sie sich lediglich auf die clandestina possessio in dem hier angenommenen Sinne (§. 55.) beziehen kann, da bloß diese ein interd. recuper. poss. begründet, (indem sie mit der possessio violenta in Rücksicht der rechtlichen Folgen zusammenfällt, und zum interdictum de vi berechtigt).

§. 72.

Bei dieser Einrede des unechten Besitzes ist zuvörderst im Allgemeinen zu merken:

Die Gesetze haben demjenigen, von welchem ein Andrer den Besitz auf eine unechte Weise erlangt hatte, ver-

stattet, unter Berufung auf den unechten Besitz des Gegners durch eigene Macht einzelne Aeußerungen der Willkühr desselben in Bezug auf die Sache zu verwehren, oder sich selbst Handlungen eines Besitzers in Betreff der Sache zu erlauben (super hoc inquietare §. 36), um dadurch sich zum Besitze wieder zu verhelfen, ohne sich aber dabei einer Entsetzung schuldig zu machen.

Diese Verstattung einer vis inquietativa liegt an und für sich in den gesetzlichen Vorschriften, nach welchen derjenige, welcher von einem Andern vi oder clam oder precario besitzt, und deshalb von diesem beunruhigt wird (super hoc ab adversario inquietatur) gegen den Beunruhiger nicht mit dem interdictum uti possidetis auftreten kann [1]). Ulpian [2]) sagt in dieser Beziehung ausdrücklich: has possessiones non debere proficere, palam est.

Der zwischen der possessio violenta et clandestina von der einen, und der possessio precaria von der anderen Seite bestehende, specifische Unterschied, daß letztere bis zum erfolgten Widerrufe als rechtmäßig erscheint, (§. 60. Anm. 2. §. 64. Anm. 1.) hat hiebei keinen Einfluß. Denn, indem der rogatus, unter Berufung auf die possessio precaria des Andern, diesen in seinem Besitze beunruhigt, so liegt darin an sich ein Widerruf, was auch Pomponius in der bereits oben angeführten l. 17. D. de precar. bestätigt, indem er lehrt:

qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes, praeter eum, quem rogavit, uti potest.

Hierdurch wird das interd. uti poss. dem precario possidens gegen den rogatus schlechterdings abgesprochen, und also vorausgesetzt, daß durch die inquietatio von Seiten des rogatus schon an und für sich revocatio precarii begründet ist.

1) Siehe besonders l. un. §. 1. D. utrubi (43, 31), ingleichen Mevius decis. P. II. dec. 355., Brunnemann ad libr. 43. D. tit. 17. l. 1 et 2., ad lib. 8. tit. 6. l. un. C. uti possid., Westphal a. a. O. §. 196., Menochius a. a. O. n. 798—801., Pet. Barbosae Commentar. ad interpret. tit. D. de judic. ad l. 37. n. 404—405., Donellus a. a. O. Lib. 15. Cap. 32., Struvii syntagm. cum addit. Mueller. lib. 41. tit. 2. §. 27. n. E. und lib. 43. tit. 17. §. 118. n. u.

2) l. 1. §. 9. D. uti poss. (43, 17).

§. 73.

Die dem Beklagten nach §. 71. gestattete Einrede des mangelhaften Besitzes hat nun die Kraft und Wirkung, daß, wenn der Beklagte beweist [1]:

der Kläger besitze mit Hinsicht auf ihn entweder vi oder clam oder precario

der Kläger nicht nur abgewiesen, sondern überdies zur Räumung seines unechten Besitzes verurtheilt werden muß [2]. Der Grund davon, daß dem Beklagten in diesem Falle selbst der Besitz zugespro-

chen wird', liegt darin, daß auf diese Weise der vis inquietativa ein Ende gemacht werden soll; es war aber auch jene Zusprechung des Besitzes um so natürlicher, da ja der Beklagte ohnehin ein interdictum recuperandae possessionis hatte, das nun so betrachtet wird, als ob es in der Form der exceptio possessionis vitiosae wirklich angebracht worden sey [3].

1) Daß dem Beklagten der Beweis obliegt, leuchtet von selbst ein (l. 2. C. de probat. (4, 19), l. ult. C. de rei vind. (3, 32), Menochius a. a. O. n. 600).

2) l. 3. pr. D. uti possid. (43, 17), Savigny a. a. O. §. 37. S. 426., Menochius a. a. O. n. 798—801. L. 3. pr. D. uti poss. ist von Savigny a. a. O. §. 11. S. 151—154 so richtig und scharfsinnig ausgelegt worden, daß hier und überall, wo in gegenwärtiger Abhandlung auf diese Gesetzstelle Bezug genommen wird, jene Auslegung zu Grunde gelegt ist.

3) Das interdictum uti possidetis erscheint daher als duplex, von welcher Eigenschaft desselben bald weitläuftiger gehandelt werden wird.

§. 74.

Die gegen den unechten Besitzer nach §. 72. zugelassene inquietatio erscheint demnach als ein außergerichtliches Mittel, wodurch derjenige, welcher den Besitz entweder vi oder clam verloren, oder precario überlassen hatte, seinen Besitz eigenmächtig wieder erlangen kann — welches ihm überdies den Vortheil gewährt, daß, wenn der unechte Besitzer das

interdictum uti possidetis gegen ihn anstellt, er nun seinen Besitz durch jene Exception verfolgen kann, kraft welcher ihm der Besitz zugesprochen werden muß, so daß er die Wahl hat, ob er mit einem interdictum recuper. poss. gegen den unechten Besitzer klagend auftreten, oder seinen Besitz auf die ebengedachte Art außergerichtlich verfolgen, und nachher durch eine Exception geltend machen will [1]).

Dies außergerichtliche Mittel der inquietatio läßt sich freilich wohl nicht ganz billigen, weil Excesse dadurch veranlaßt werden können [2]); dasselbe hat sich aber bei den Römern aus dem Grunde erhalten, weil es ihren Sitten und Gebräuchen entsprach; bei ihnen erhielt sich auch die Privatvorladung (in jus vocatio) und die Privatinhibition (nunciatio novi operis privata), obgleich beide Institute bei Nationen, welche mehr zu Gewaltthätigkeiten geneigt sind, nicht füglich Statt finden können.

1) Vielleicht stellte Trebatius die von Labeo und Paulus in l. 3. §. 5. D. de poss. verworfene Meinung, nach welcher der eine juste der andre injuste besitzen könne, bloß deswegen auf, weil er dadurch jene dem vorigen Besitzer noch verstattete inquietatio und Exception erklären, und als eine Vertheidigung des Besitzes rechtfertigen wollte. Siehe Savigny a. a. O. §. 11. S. 149.

2) Zu hart ist aber wohl der Vorwurf, welchen Gönner (Handb. des deutsch. gem. Proz. B. 4. p. 416) dem römischen Rechte bei diesem Punkte macht, wenn er a. a. O. sagt:

„Nach römischem Rechte war jeder Streit über Besitz, „auch als Factum betrachtet, verbunden mit einer Unter„suchung über einen Theil seiner Rechtmäßigkeit, aber „man kann gar nicht läugnen, daß diese Legislation den „Foderungen der Vernunft nicht entsprach, und in sich „selbst nicht consequent genug war, da sie aus einem Pre„carium so gut als gegen Entsetzungen Interdicte gab.“

§. 75.

Diese nach den Gesetzen zugelassene inquietatio darf aber nicht zu weit ausgedehnt werden; man glaube ja nicht, daß demjenigen, welcher seinen Besitz vi aut clam verloren, oder precario überlassen hatte, gegen jeden dritten Besitzer der Sache diese Beunruhigung erlaubt sey; nur gegen denjenigen Besitzer, welcher von ihm unmittelbar den Besitz unechter Weise erlangt hatte, kann er sich dieses außergerichtlichen Mittels bedienen [1].

Der, welcher ein Grundstück vom unechten Besitzer durch Kauf oder einen andern singulären Titel an sich gebracht hat, braucht daher diese Turbation und Exception nicht zu fürchten [2], sollte ihm auch bei der Erwerbung des Besitzes die unechte Besitzerlangung seines Vorgängers bekannt gewesen seyn [3]. Ja selbst dann, wenn A. von B. gewaltsam verdrängt, und B. von einem Dritten, dem C., wieder entsetzt worden war, kann A. sich der Exception gegen den C. nicht bedienen [4], weil das Recht des A. wegen der ihm widerfahrnen gewaltsamen Entsetzung als persönliches Recht lediglich gegen

denjenigen, welcher ihn entsetzt hat, verfolgt werden kann; nur gegen den B. steht demselben das interdictum de vi zu, keineswegs gegen den C., gegen diesen kann er bloß die dingliche Klage anstellen [5].

1) l. 3. pr. D. uti possid. (43, 17), Savigny a. a. O. §. 38. S. 431—432. §. 11. S. 151—154.

2) Der Erbe dagegen, welcher den unechten Besitz des Erblassers erlangt hat, muß die Exception gegen sich gelten lassen, weil er, in so weit er die Sache besitzt, die Facta des Erblassers vertreten muß. Westphal a. a. O. §. 77. §. 290.

3) l. 3. §. 10. uti possid. verordnet:

„non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in „possessione esse, fundum accipiam."

Dahin gehört auch derjenige, welcher einen abgeleiteten Besitz hat; sein Besitz ist echt, obgleich der Besitz seines Vorgängers unecht war, und dies ihm bekannt gewesen ist.

4) l. 3. pr. D. uti poss., Savigny a. a. O. §. 11. S. 153—154; vergl. auch l. 7. l. 8. D. de vi (43, 16).

5) Siehe §. 25. dieser Abh. — Hier zeigt sich recht klar, wie sorgfältig nach §. 65. der mit Hinsicht auf die Verjährung mangelhafte Besitz vom unechten Besitze unterschieden werden muß, denn die so eben erwähnten dritten Besitzer waren offenbar possessores malae fidei; ihr Besitz eignete sich nicht zur Usucapion, derselbe wird aber als echt angesehen, weil er durch ein interdictum recuperandae possesionis nicht angefochten werden kann (§. 62.).

§. 76.

Aus den vorhergehenden Betrachtungen ergiebt sich, daß die Gesetze zwischen vis inquietativa und vis ex

pulsiva einen großen Unterschied gemacht haben: nur die erste, keineswegs aber die letzte, ist gegen den unechten Besitzer zugelassen [1]), weil vis expulsiva für eine atrox vis erklärt wird, welche immer eine Störung der öffentlichen Ordnung mit sich führt.

Das interdictum uti possidetis unterscheidet sich hinsichtlich dieses Punktes sehr vom interdictum de vi: denn macht sich jemand einer Dejection gegen den unechten Besitzer schuldig, so findet das interdictum unde vi gegen ihn Statt, ohne daß er sich des Einwandes:

> daß der Kläger mit Hinsicht auf ihn ein unechter Besitzer sey

bedienen kann, während daß dem bloßen Störer dieser Einwand gegen denjenigen, welcher von ihm unecht besitzt, allerdings zukömmt [2]).

1) §. 6. J. de interd. — Brunnemann ad D. a. a. O. sagt daher: „sic ergo eum, qui me dejecit, non possum „dejicere ex intervallo, impune tamen turbare queo, qui „contra me hoc interdicto, quod contra turbantem datur, „non experitur;" siehe auch desselben Comment. ad C. a. a. O., Menochius an der citirten Stelle n. 798—801, und Donellus a. a. O. Lib. 15. Cap. 32., welcher daselbst lehrt:

> et ideo dignum est animadversione, si quis me vi dejecerit de fundo quem possidebam, quamvis non possim eum postea et ex intervallo dejicere impune — tamen si vim ei faciam quominus possideat, hanc vim a me impune patitur, quia vi a me possidet: quod qui facit, ei non competit hoc interdictum.

2) Sonst stand dem dejiciens dieser Einwand gegen den von ihm dejicirten unechten Besitzer ebenfalls zu, in sofern er sich keiner vis armata gegen denselben schuldig gemacht hatte; das neuere römische Recht hat aber diesen Einwand beim interd. de vi durchaus verworfen. Savigny a. a. O. §. 40. S. 469—472, Schweppe a. a. O. §. 560, Thibaut a. a. O. §. 315, Donellus Comment. jur. civ. Lib. 15. Cap. 31.; eine andre Ansicht hat indessen Westphal a. a. O. §. 252. — Vergl. Theophilus de interd. §. VI.

§. 77.

Durch die bisherigen Betrachtungen bestätigt sich zugleich, daß der Staatsschutz, welcher nach dem römischen Rechte dem Besitzer als solchem zu Theil wird, sich nicht sowohl auf eine Vermuthung der Rechtlichkeit des Besitzes als vielmehr auf das Verbot der Privatgewalt (vis) gründet (§. 11): denn es werden ja, wie wir so eben gesehen haben, in gewissen Fällen bekannte unrechtliche Besitzer durch das interdictum uti possidetis geschützt [1]), was offenbar anzeigt, daß die Gesetze bei Verheißung dieses Schutzes keineswegs von der Präsumtion der Rechtmäßigkeit des Besitzes ausgingen, sondern ganz allein darauf sahen, ob und in wie fern gegen denjenigen, welcher wirklich besitzt, vis Statt finden könne oder nicht [2]), weswegen sie auch neben der allgemeinen Vorschrift:

„daß dem Besitzer keine vis widerfahren dürfe"

als Ausnahme den Satz aufstellten:

daß demjenigen, von welchem ein Andrer vi, clam, vel precario besitzt, zur Wiedererlan-

gung seines Besitzes vis inquietativa zugelassen sey.

Nur in diesem Falle sollte der unechte Besitzer gegen vis inquietativa nicht geschützt werden, (sonst konnte sogar vis expulsiva gegen ihn impune ausgeübt werden, in sofern dieselbe nicht mit gewaffneter Hand geschah) 3).

1) Siehe besonders §. 68. §. 70. §. 75.

2) Deshalb sagt auch Peter Müller a. a. O. Lib. 43. tit. 17. §. 118. n. μ.:

Non enim hic justitia causae, sed ne motus excitetur, turbeturque tranquillitas Reip. attenditur;

siehe auch denselben am nämlichen Orte §. 121. n. α.

3) Siehe den vorhergehenden §. Anm. 2.

Anhang

zu den bisher abgehandelten zwei Kapiteln.

I. Zusammenstellung der bisher entwickelten Bedingungen des interdictum uti possidetis.

§. 78.

Die allgemeinen Bedingungen der Anwendung des interdictum uti possidetis sind nach den bisherigen Untersuchungen:

1) daß der Kläger einen Besitz im eigentlichen juristischen Sinne hat [1]),

2) daß derselbe in diesem Besitze gestört worden ist.

Der, welcher das interdictum uti possidetis anstellt, muß daher besonders diese beiden Punkte darthun.

1) Siehe §. 43 bis §. 52. Die Gesetze heben diesen Besitz ausdrücklich hervor:

possessio, quae locum habet in interdicto uti possidetis (l. 9. D. de rei vind.);

ea res, cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim (l. 7. D. de prec.).

§. 79.

Der Besitz als Factum kann nur aus äußeren Handlungen erkannt werden, es muß also dahin der Beweis gerichtet werden; doch kömmt dabei hinsichtlich des animus domini dem Besitzer die Rechtsvermuthung zu Statten, nach welcher im Zweifel anzunehmen ist, daß jemand vielmehr im eignen Namen als im fremden Namen besitze [1]).

Kann der Kläger den angeblichen Besitz oder die angebliche Störung nicht darthun, so muß derselbe mit seiner Klage abgewiesen werden [2]).

Wenn der Kläger sich auf einen Besitz bezieht, der offenbar den Rechten nach nicht besteht [3]), oder, wenn

der nicht juristische Besitzer [4]) oder derjenige, welcher seinem eignen Anführen nach nicht mehr im wirklichen Besitze ist [5]), das interdictum uti possidetis anstellt: so ist die Klage sofort als unstatthaft zu verwerfen.

1) Mascardi de prob. concl. MCCIV. n. 1. seqq. — In der 4ten Ausgabe von Savigny Recht des Besitzes S. 354—357 ist eine Untersuchung über den Beweis des Besitzes überhaupt hinzugekommen, worauf hierdurch verwiesen wird.

2) Hat jedoch der Beklagte den angeblichen Besitz des Klägers sowohl als die Störung abgeläugnet, so genügt es schon, daß der Kläger bloß den Besitz nachweist; der Beklagte wird in diesem Falle verurtheilt, obgleich der Kläger die Störung nicht besonders dargethan hat; denn schon wegen des bloßen Umstandes, daß der Besitz des Klägers ins Läugnen gestellt wird, ist an und für sich eine Besitzstörung anzunehmen: wird nämlich dem Kläger der Besitz abgeläugnet, so ist eine Besitzstörung zu besorgen, folglich auch das interdictum uti possid. begründet (§. 39.), vergl. Hommel Rhaps. obs. 177.

3) l. 1. §. 8. D. uti poss.

4) l. 3. §. 8. D. uti poss. Siehe §. 43—52. dieser Abh.

5) Siehe §. 42. dieser Abh.

§. 80.

Daß aber der Besitz des Klägers überdies echt sey, ist nicht schlechterdings nothwendig; wir haben gesehen, daß die Einrede der Unechtheit des Besitzes (exceptio possessionis vitiosae (injustae) nur von dem-

jenigen gebraucht werden kann, von welchem der Kläger den Besitz injuste erlangt hatte (§. 69—71).

Die Echtheit des Besitzes kann daher nicht schlechterdings als eine Bedingung des interd. uti poss. angesehen werden.

§. 81.

In jedem Falle wird von dem Besitztitel ganz abgesehen. — Der, welcher das interdictum uti possidetis anstellt, ist daher von der Verbindlichkeit befreit, sich auf Vertheidigungsgründe seines Gegners einzulassen, welche das Recht betreffen [1]).

1) Siehe §. 26. dieser Abh. und noch außerdem l. 1. §. 2. D. de superficieb. (43, 18), l. 8. D. de vi (43, 16). Mit Recht sagt daher Struv (syntagm. exerc. 45. §. 119:

„Nec elidere actionem iste potest per exceptionem „dominii, etiam si liquidissimas statim pro do„minio probationes afferat."

Es ist zu verwundern, daß dennoch viele Rechtsgelehrte der Theorie des römischen Rechts geradezu entgegen die exceptio dominii haben zulassen wollen: wovon Müllerus ad Struv. a. a. O. handelt.

§. 82.

Noch ist hier Folgendes zu merken:

Ein in theoretischer und practischer Hinsicht sehr wichtiger Unterschied der possessio vitiosa (injusta) und der so genannten possessio nulla, invalida (§. 67.)

liegt darin: die erstere wird doch adversus caeteros (extraneos) geschützt, was aber bei der letztern nicht der Fall ist.

So erhält der bloße heimliche Occupant in dem im §. 67. gedachten Falle durch das interdictum uti possidetis gegen Niemanden, also auch nicht einmal contra extraneum, den Staatsschutz [1]). Denn wer gar nicht besitzt, kann auf das interdictum uti possidetis keinen Anspruch machen, weil dasselbe bloß dem wirklichen Besitzer verliehen ist. Paulus [2]) sagt: qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet; — er setzt also immer voraus, daß jemand wahrer Besitzer (kein scheinbarer, falscher Besitzer) sey. Nur darauf, daß der Besitz überdies echt sey, soll, wenn von Schützung desselben adversus caeteros, extraneos, die Rede ist, nichts ankommen.

1) Siehe auch Cuperus a. a. O. P. II. Cap. 20. Klepe a. a. O. Cap. II. p. 28. Fleck a. a. O. p. 101.

2) l. 2. D. uti possid.

II. Vorläufige Bemerkungen zum Verständnisse der nachfolgenden Betrachtungen.

§. 83.

Es wird, wie schon oben bemerkt worden ist, bei gegenwärtiger Abhandlung davon abgesehen, in wie-

fern das interd. uti poss. auch zum Schutze des Besitzes unkörperlicher Sachen gebraucht werden kann, und in wiefern überhaupt der Besitz unkörperlicher Sachen geschützt wird (§. 13. §. 31.).

Doch müssen zum völligen Verständnisse der Eigenschaft des interdictum uti possidetis, als eines interdictum duplex, und der übrigen Eigenschaften desselben, von welchen nun gehandelt werden soll, folgende Sätze, als lemmata, hier aufgestellt werden:

1) das interdictum uti possidetis dient auch zum Schutze des Besitzes der persönlichen Servituten, weil dieselben mit dem natürlichen Besitze der Sache verbunden sind [1];

2) das interdictum uti poss. kann gebraucht werden zum Schutze derjenigen positiven dinglichen Servituten, welche mit dem Besitze eines Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, und zum Schutze der negativen Servituten, weil jeder Eingriff in den Besitz dieser Servituten zugleich ein Eingriff in den Besitz des herrschenden Grundstückes ist [2];

3) zum Schutze derjenigen dinglichen positiven Servituten, deren Ausübung in einer eigenen unabhängigen Handlung besteht, sind eigene interdicta verliehen, als:

a) das interdictum de itinere actuque privato,

b) das interdictum de aqua quotidiana et aestiva,

c) das interdictum de rivis,

d) das interdictum de fonte [3]);

4) außer den für Servituten eingeführten possessorischen Rechtsmitteln giebt es noch ein possessorisches Rechtsmittel zum Schutze des Besitzes der superficies, nämlich das interdictum de superficiebus, welches aber ganz nach dem interdictum uti possidetis beurtheilt werden muß [4]).

Die unter 3 und 4 aufgeführten Interdicte werden gewöhnlich auch interd. retinend. poss. genannt.

1) Siehe §. 46. Anm. 2. gegenw. Abh., Savigny a. a. O. §. 45. S. 505.

2) Savigny a. a. O. §. 46. S. 528.

3) Daß wegen der übrigen servitutes rusticae, bei welchen keine eigenen Interdicte angeordnet sind, ein so genanntes interdictum uti poss. utile keineswegs angenommen werden kann, wird in der Folge ausführlich gezeigt werden. Siehe vorläufig Wissenbach exercitat. ad Pand. disput. 24. Lib. 43. §. 5.; Savigny a. a. O. §. 46. S. 513. S. 530; Schweppe a. a. O. §. 564.

4) Savigny a. a. O. §. 47. S. 532.

Drittes Kapitel.

Ueber die Eigenschaft des interdictum uti possidetis, als eines interdictum duplex (mixtum).

Vorläufige Bemerkungen.

§. 84.

Die Gesetze stellen das interdictum uti poss. als ein interdictum duplex (mixtum) dar; es heißt in l. 3. §. 1. D. uti poss. (43, 17):

> hoc interdictum duplex est, et hi, quibus competit, et actores et rei sunt,

und in §. 7. J. de interd. (4, 15):

> duplicia sunt veluti uti possidetis interdictum et utrubi. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet [1]).

Das interdictum uti possidetis wird sonach als ein judicium duplex den so genannten judiciis divisoriis gleichgestellt, denn Ulpian [2]) sagt:

> mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, utputa finium regundorum, fa-

miliae herciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi. —

Wir wollen diese besondere Eigenschaft des interd. uti poss. hier näher betrachten.

1) Vergl. l. 2. pr. D. de interd. (43, 1), l. 3. pr. D. uti poss. (43, 17). Selbst l. 1. §. 1. D. uti poss. deutet auf diese Duplicität hin, wenn in demselben gesagt wird:
hoc interdictum de soli possessore scriptum est, quem potiorem praetor in soli possessione habebat.

2) l. 37. §. 1. D. de oblig. et act. (44, 7); vergl. l. 10. D. fin. reg. (10, 1).

§. 85.

Die Eigenschaft der Duplicität des interd. uti poss. besteht nach den eben angeführten Gesetzen darin, daß bei diesem Interdicte jede der beiden Parteien als Kläger und Beklagter erscheint, also die Rechte beider in dieser Hinsicht gleich sind, wovon die wichtigste practische Folge die ist, daß bei demselben der Kläger eben so wie der Beklagte verurtheilt werden kann.

§. 86.

Diese Duplicität bezieht sich hauptsächlich auf folgende drei Fälle:

A) wenn das Factum des Besitzes, an und für sich betrachtet, streitig ist, indem jede der beiden

Parteien den angeblichen Besitz des Andern für eine possessio nulla (invalida) (§. 67.) ausgiebt, und sich den Besitz zuschreibt (possessio litigiosa);

B) wenn der Kläger, auf den Besitz eines Grundstücks sich stützend, das interdictum uti poss. gegen denjenigen anstellt, welcher Handlungen unternimmt, die der freien Benutzung jenes Grundstücks zuwider laufen (§. 38.), dieser aber, ohne dem Kläger gerade den Besitz des Grundstücks streitig zu machen, behauptet, im Besitze eines solchen Rechts (einer persönlichen Servitut, oder einer servitus urbana, rustica, oder einer superficies) zu seyn (§. 83.);

C) wenn der Beklagte einwendet, daß der Kläger mit Hinsicht auf ihn unechter Besitzer des Grundstückes sey (§. 71 — 77.).

In allen drei Fällen verfolgt der Beklagte einen dem Besitze des Klägers entgegenstehenden Besitz, was wir eine Besitzstreitigkeit (controversia possessionis) im eigentlichen Sinne des Wortes nennen wollen [1]).

1) In den Fällen unter A) und B) verfolgt der Beklagte einen Besitz, welchen er noch wirklich hat, in dem Falle unter C) aber einen schon verlornen Besitz; was indessen hierbei keinen Unterschied macht, da beim interd. uti poss. in Ansehung der Duplicität desselben diese 3 Fälle auf gleiche Weise behandelt werden.

A) Ueber den Fall, in welchem das Factum des Besitzes streitig ist.

§. 87.

Dieser Fall läßt sich vorzüglich auf folgende Weise denken:

1) der Kläger behauptet, im alleinigen Besitze des ganzen Grundstücks zu seyn, was aber der Beklagte bestreitet, indem er anführt entweder: daß er vielmehr im alleinigen Besitze des ganzen Grundstücks sey, oder: daß er einen gewissen reellen Theil desselben besitze, oder: daß er im Besitze eines gewissen ideellen Theils des fraglichen Grundstückes sich befinde, z. B. im Mitbesitze sey;

2) der Kläger behauptet, von einem gewissen Grundstücke einen bestimmten reellen oder ideellen Theil zu besitzen, was aber der Beklagte bestreitet, indem er behauptet, das ganze Grundstück allein zu besitzen [1].

1) l. 1. §. 7. D. uti poss. (43, 17), l. 26. D. de poss., l. 43. pr. eod. (41, 2), l. 12. D. comm. divid. (10, 3).

§. 88.

Wir werden von den im vorigen §. angeführten Fällen des streitigen Besitzes bloß den Fall, in welchem der Kläger versichert, im alleinigen Besitze des Grundstücks zu seyn, der Be-

klagte aber dagegen anführt, nicht der Kläger, sondern er befinde sich im alleinigen Besitze desselben

hier herausheben und beleuchten, theils weil dieser Fall häufiger als die übrigen Fälle eintreten möchte, theils weil danach auch die übrigen beurtheilt werden können.

§. 89.

Der Beklagte stützt sich in diesem Falle auf keine Unechtheit des gegentheiligen Besitzes, sondern er läugnet denselben ganz, indem er sich den Besitz zuschreibt; jeder von beiden Theilen führt, um seinen Besitz darzuthun, äußere Handlungen an (§. 79.), welche wir Besitzhandlungen (actus possessorii, actus possessionis) in weiterer Bedeutung nennen wollen.

§. 90.

Diese Besitzhandlungen (actus possessorii) sind vorzüglich von zweierlei Art: entweder sie begründen an und für sich betrachtet eine Besitzergreifung und Besitzerwerbung geradezu (wie z. B. die Occupation, Tradition, das constitutum possessorium), oder es sind solche Handlungen, durch welche jemand hinsichtlich des Grundstückes sich wie ein schon bestehender Besitzer benommen hat, z. B.: Ziehung der Früchte, Bebauung des Grundstücks, Setzung eines Wächters, Bezahlung der Abgaben u. s. w.

Durch die Handlungen der letztern Art wird der Besitz bloß indirect (künstlich) dargethan, denn durch dieselben wird nicht unmittelbar ein Besitz begründet, es läßt sich daraus nur auf denselben mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit schließen; der Gebrauch ist die gewöhnliche Wirkung des Besitzes, und giebt also ein Zeichen dafür ab, das doch aber schon nach logischen Regeln bloße Wahrscheinlichkeit liefert, und erst einer nähern Untersuchung bedarf [1]. Es kann nämlich jemand das Grundstück besitzen, ohne dasselbe zur Zeit schon gebraucht zu haben, wogegen jemand das Grundstück gebraucht (sich wie Besitzer davon benommen) haben kann, ohne eigentlicher Besitzer desselben zu seyn.

Die Besitzhandlungen der letztern Art, welche man Besitzhandlungen (actus possessorii) im engern Sinne nennen kann, veranlassen besonders den Fall des streitigen und zweifelhaften Besitzes.

1) Wenn Javolen in l. 115. D. de V. S. sagt:

Possessio ergo usus, ager proprietas loci est.

so wird dadurch keineswegs gelehrt, daß der Besitz (in dem von uns genommenen Sinne) und der Gebrauch gleich seyen; Javolen nimmt vielmehr das Wort possessio in einer andern Bedeutung, er versteht darunter ein Grundstück, das man entweder nur zufällig im bonitarischen Eigenthume hat, oder das seiner Natur nach gar nicht im quiritarischen Eigenthume seyn kann, und in dieser Hinsicht unterscheidet er possessio von ager (Savigny a. a. O. S. 178).

§. 91.

Der Richter wägt die von beiden Theilen angeführten und dargethanen Besitzhandlungen gegen einander ab, indem er untersucht, wer solche actus possessorii für sich hat, daß ihm der Besitz wirklich zugesprochen werden muß. —

Vinnius [1]) bemerkt in dieser Hinsicht ganz richtig:

> varii enim sunt actus possessorii, et ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt, ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum, explorandumque cujus causa potior sit [2]).

Bei dieser Untersuchung und Bestimmung, wer von den Parteien wahrer Besitzer sey, hat der Richter in Ansehung der Besitzhandlungen im engern Sinne besonders Folgendes zu berücksichtigen:

Diese Besitzhandlungen kommen nämlich nur in sofern in Betracht, als sie eine Vermuthung des Besitzes gegen die andere Partei begründen. — Eine solche Vermuthung begründen sie nun aber an und für sich der Natur der Sache nach keinesweges, wenn die Einwirkungen auf das Grundstück geschehen sind:

entweder a) in Widerstreit mit dem Willen des Andern,

oder b) mit Verheimlichung vor dem Andern, oder c) bloß mit Erlaubniß des Andern.

Sind also die von einer Partei dargethanen Besitzhandlungen nicht anders als auf die eben gedachte Art und Weise geschehen, so sind sie keine wirklichen Besitzhandlungen.

Man nennt Besitzhandlungen der Art fehlerhafte, mangelhafte, und nimmt daher für die Besitzhandlungen im engern Sinne drei Fehler (vitia) an: vis, clandestinitas, precarium [3].

1) Comment. in Instit. Lib. 4. Tit. 15. 4. 2.

2) Ueber die verschiedenen Besitzhandlungen, wodurch der Besitz körperlicher Sachen dargethan werden kann, und über die Collision derselben, siehe Postii tract. mand. de manutenendo obs. XX. bis obs. XXX.

Die römischen Gesetze enthalten für die Abwägung der gegenseitigen Besitzhandlungen, so wenig wie für den Beweis des Besitzes überhaupt, nähere Bestimmungen, was sich sehr gut aus dem Grunde erklären läßt, weil der Natur der Sache nach der Richter in der Beurtheilung dieses Beweises vorzüglich freie Hand behalten muß: bei Beantwortung der Frage, ob der Besitz als factisches Verhältniß wirklich existirt, hängt wegen der etwas unbestimmten Natur desselben so viel vom Ermessen des Richters ab. Es ist nicht einmal hinreichend, den Erwerb des Besitzes darzuthun, in sofern die gegenwärtige Fortdauer desselben nicht vermuthet werden kann. (Savigny a. a. O. neueste Ausg. von 1822. S. 354—355).

3) Diese Terminologie paßt im Grunde nicht recht; man sollte dafür lieber den Ausdruck „scheinbare, falsche Besitzhand-

lungen" gebrauchen. Dem sey aber, wie ihm wolle, so dürfen doch die so genannten Mängel der Besitzhandlungen nicht mit den Mängeln des Besitzes selbst (§. 62.) verwechselt werden, obgleich dies leider gewöhnlich geschieht. (Siehe §. 94. Anmerk. 2). Selbst Lange a. a. O. B. 2. §. 172. §. 320. glaubt, daß im Edicte des Prätors (l. 1. pr. D. uti poss.) von diesen Mängeln der Besitzhandlungen die Rede sey; er hat so nach die exceptio possessonis vitiosae (§. 68—77. dieser Abh.) ganz verkannt.

Jene Besitzhandlungen im engern Sinne, wodurch der Besitz körperlicher Sachen indirect dargethan wird (§. 90.), dürfen auch keineswegs mit denjenigen Handlungen verwechselt werden, wodurch eine Servitut z. B. die servitus itineris ausgeübt worden ist, welche ebenfalls actus possessorii genannt werden. Denn a) durch diese actus possessorii, wofern sie im bestimmten Maaße geschehen sind, wird die zu schützende quasipossessio unmittelbar constituirt, und b) wenn gegen dieselben eingewandt wird, daß sie vi, vel clam, vel precario unternommen wären, so wird dadurch allerdings die quasipossessio selbst als mangelhaft (vitiosa) dargestellt, es entsteht alsdann eine wahre exceptio possessionis vitiosae (siehe §. 97. Anmerk. 1) — was alles künftig weitläuftiger ausgeführt werden wird.

§. 92.

Hat nun der Beklagte auf diese Weise gezeigt, daß nicht der Kläger, sondern er in der That den Besitz hat, so muß ihm auch der Besitz zugesprochen werden; er muß nun eben so, als ob er wirklich geklagt hätte, den Prozeß gewinnen, der Kläger wird verurtheilt, sich aller Störungen zu enthalten [1]): es

erscheint folglich das Interdict in dieser Hinsicht als duplex [2]).

1) Siehe Menochius a. a. O. n. 782—783.

2) Was den Fall anlangt, wenn der Kläger bei diesem Beweise so viel für sich hat, als der Beklagte (sin utriusque partis probationes omnino sint pares), so sind die Meinungen der Rechtsgelehrten darüber sehr getheilt.

Die richtige Meinung ist aber wohl die, daß in diesem Falle (welcher übrigens in der Praxis selten vorkommen möchte) beide Theile für Mitbesitzer erklärt werden, unter Vorbehalt des Petitoriums für jeden; wobei sich jedoch von selbst versteht, daß, wenn dieser gemeinschaftliche Besitz zu Gewaltthätigkeiten und Unordnungen Anlaß geben sollte, der Richter befugt ist, den Besitz zu sequestriren, oder ein anderes angemessenes Mittel zu ergreifen, um diesem Uebelstande abzuhelfen. (Lauterbach, colleg. Lib. 43. tit. 17. §. 11., Perezii Praelect. in C. Lib. 8. tit. VI. n. 14—16., Hahn ad Wesenbecc. Lib. 43. tit. 17. n. 5.).

Hat weder der Kläger noch der Beklagte einen Besitz dargethan, so ergiebt sich von selbst, daß der Kläger abgewiesen werden muß (§. 79.).

§. 93.

Folgende Beispiele mögen hier zur Erläuterung dienen:

1) Wenn in dem im §. 67. angeführten Falle Sempronius gegen den Titius, der von dem Rechte, ihn als heimlichen Occupanten zu vertreiben, Gebrauch macht, das interdictum uti possi-

detis anstellen wollte: so würde Titius, welcher sich darauf stützt, daß des Sempronius Besitz possessio nulla sey, weil der Besitz vielmehr ihm zukomme, den Sieg davon tragen; der Kläger würde verurtheilt werden müssen, sich aller ferneren Anmaßungen zu enthalten, und das Interesse zu vergüten.

2) Titius hat dem Sempronius aus Freundschaft und Gefälligkeit (ex jure familiaritatis [1]) verstattet, ein Stück Land zu bearbeiten und zu benutzen. Daraus will nun Sempronius einen Besitz in Betreff dieses Grundstücks herleiten; er stellt gegen den Titius, der sich in seinem Besitze zu behaupten sucht, das interdictum uti possidetis an.

Hier muß der Richter ebenfalls nach Untersuchung des eigentlichen Herganges den Kläger verurtheilen.

3) Sempronius fodert mittelst des interdictum uti possidetis Schutz im Besitze einer Holzung, und führt zum Beweise seines Besitzes an, daß er neuerlich Anpflanzungen in derselben gemacht habe. — Der Beklagte zeigt dagegen, daß er in älterer und neuerer Zeit diese Holzung benutzt, die Abgaben davon getragen, ja selbst einen Aufseher für dieselbe gehalten hat, daß also die Besitzhandlungen des Klägers als bloße Störungen seines Besitzes zu betrachten sind.

Auch in diesem Falle muß der Kläger verurtheilt werden.

1) l. 41. D. de poss. (41, 2).

§. 94.

Es ist augenscheinlich, daß in den so eben angeführten Beispielen der Beklagte dem Kläger nicht den Einwand macht:

„desselben Besitz sey mit Hinsicht auf ihn unecht"

sondern vielmehr vorschützt:

„desselben angeblicher Besitz sey ganz und gar „possessio nulla" [1]).

Es kömmt also in diesen Beispielen weder exceptio possessionis violentae noch exceptio possessionis clandestinae (deren im §. 71. gedacht worden ist), zur Sprache; eben so wenig aber auch exceptio possessionis precariae, denn es ist in dem zweiten Falle nicht von einem durch Precarium erlangten Besitze, sondern davon die Rede, daß jemand aus Handlungen, welche ihm bloß aus Freundschaft und Gefälligkeit (ex jure familiaritatis) gestattet waren, den Gesetzen zuwider einen Besitz herleiten will.

Der Streit betrifft in allen drei Beispielen lediglich die Untersuchung des Factums des Besitzes und die Bestimmung, wem der Besitz wirklich zustehe; der

Punkt, ob der Besitz des Klägers unecht sey, (exceptio possessionis vitiosae) kömmt dabei gar nicht vor, weil der Besitz des Klägers ganz geläugnet wird, und also auch nichts davon prädicirt werden kann.

Auf dies Alles muß um so mehr aufmerksam gemacht werden, weil die in solchen Fällen zustehende exceptio possessionis nullae mit der exceptio possessionis vitiosae gewöhnlich verwechselt wird [2]).

1) Auf den großen Unterschied zwischen unechtem Besitze und possessio nulla (invalida) ist bereits im §. 67. und im §. 82. aufmerksam gemacht worden.

2) Siehe z. B. Brunnemann ad D. Lib 43. tit. 17. ad l. 1 et 2. Werden Besitzhandlungen, sie mögen nun auf unmittelbare Besitzerwerbung abzwecken, oder bloß in einer Ausübung des Besitzes bestehen (§. 90.), von dem einen Theile für unwirksam (mangelhaft) ausgegeben: so erklärt dieser Theil, daß der angebliche Besitz des Andern gar nicht existire (§. 67.); er erklärt den angeblichen Besitz des Gegners nicht für possessio vitiosa, sondern für possessio nulla. — Wird nun aber dennoch der durch eine solche Besitzhandlung angeblich begründete Besitz „possessio vitiosa" genannt, so verwechselt man Besitzhandlung und Besitz, und vermengt die Mängel der Besitzhandlungen mit den Mängeln des Besitzes selbst (§. 62.); was zu den größten Irrthümern führen muß (§. 91. Anmerk. 3).

Von dem Ausdrucke „exceptio possessionis nullae" gilt übrigens das Nämliche, was oben (§. 67. Anmerk. 3) in Betreff der possessio nulla überhaupt angeführt worden ist; dieser Begriff mußte hier gleichfalls durch eine besondere Be-

zeichnung herausgehoben werden, weil dies zur gehörigen Entwickelung dieses Gegenstandes durchaus erforderlich war. Unter exceptio possessionis nullae verstehen wir daher den Einwand einer Partei:

„der angebliche Besitz des Gegners sey possessio nulla „(invalida), weil der Besitz vielmehr ihr zukomme, und „ihr der Staatsschutz gebühre."

Diese Einrede unterscheidet sich also gar sehr von der exceptio possessionis vitiosae, durch welche der Besitz dem Kläger eingeräumt, und nur als ein unechter reclamirt wird; diese Einrede ist auch von der negativen Litis-contestation sehr verschieden, durch welche der Beklagte bloß den Besitz des Klägers abläugnet, ohne denselben für sich in Anspruch zu nehmen (§. 79. §. 82. §. 112.).

§. 95.

Nach diesen Erörterungen wird es sich in der Zukunft leicht darthun lassen, daß die im canonischen Rechte, und zwar in Cap. 9. X. de probat., enthaltene Entscheidung des Pabstes Innocenz III. im Grunde gar nichts Neues enthält. Nach derselben ward die Kirche Ravenas possessorisch geschützt, weil sie ihren Besitz gehörig dargethan hatte, der angebliche Besitz der Faventiner aber als possessio nulla (invalida) erschien, und bloß in einer vis turbativa et inquietativa bestand.

Dies Gesetz kann nur als ein Beispiel gelten, wie der Richter im Geiste des römischen Rechts bei Abwägung der gegenseitig angeführten und dargethanen Besitzhandlungen zu verfahren hat [1].

1) Bei dieser Gelegenheit ist Folgendes vorläufig zu merken:

Nach dem deutschen Gerichtsbrauche, durch welchen sich das possessorium ordinarium und summariissimum ausgebildet haben, wird der in den §. 87—94 dargestellte Streit über das Factum des Besitzes in zwei abgesonderten Abschnitten verhandelt. Im possessorium ordinarium wird das Factum des Besitzes nach Vorschrift des römischen Rechts regelmäßig und gründlich untersucht, und sodann der Besitz dem Kläger oder Beklagten zuerkannt; im possessor. summariissimum dagegen untersucht der Richter das Factum des Besitzes nur vorläufig, indem besonders auf die neueste Besitzhandlung gesehen, und der Besitz interimistisch, unter Vorbehalt der näheren Untersuchung, dem einen oder andern Theile zugesprochen wird (possessio fiduciaria, depositaria). Man drückt dies gewöhnlich so aus:

„Im possessorio summariissimo wird bloß der neue„ste Besitz (possessio recentior, praesens) untersucht „und geschützt; im possessorio ordinario aber wird der „ältere Besitz (possessio antiquior) in Untersuchung „gezogen."

Diese Bezeichnungen sind augenscheinlich falsch, und geben zu Verwirrungen Anlaß: denn die angebliche possessio recentior ist mit Hinsicht auf die possessio antiquior gar kein Besitz (plures eandem rem in solidum possidere non possunt); man verwechselt hiebei offenbar Besitzhandlung mit dem Besitze selbst. —

Dies wird in der Folge weitläuftiger auseinander gesetzt werden.

B) Ueber den Fall, in welchem der Beklagte sich auf die quasi possessio eines Rechts beruft.

§. 96.

In diesem Falle wird das interdictum, welches für den Schutz des fraglichen Rechts bestimmt ist [1]), von dem Beklagten als Einrede vorgebracht.

A. stellt z. B. gegen B. das interd. uti poss. an, weil ihm von demselben verwehrt wird, sein Haus höher zu bauen [2]); B. beruft sich aber darauf, daß er im Besitze eines solchen Verbietungsrechtes sey [3]).

1) Siehe §. 83. gegenw. Abh.

2) Siehe §. 38, 2. dieser Abh.

3) Siehe §. 83, 2. dieser Abh.

§. 97.

Beweist nun hier der Beklagte den Besitz des behaupteten Rechts, ohne daß dieser Besitz von dem Kläger als mangelhaft dargestellt werden kann [1]), so wird dem erstern der Besitz jenes Rechts zugesprochen, der letztere aber verurtheilt, sich aller Störungen dieses Besitzes zu enthalten: es erscheinen also auch hier beide Theile als Kläger und Beklagte.

Hat daher nach dem vorigen Beispiele B. den Besitz des Verbietungsrechtes gehörig dargethan, so wird A. nicht nur mit dem interd. uti poss. abgewiesen, sondern auch verurtheilt, von dem Höherbauen so lange

abzustehen, bis daß ein Anderes auf dem gehörigen Rechtswege (in petitorio) ausgemacht ist.

1) Die Einrede des mangelhaften Besitzes wird hiebei vom Kläger als Replic vorgebracht (Savigny a. a. O. §. 46. S. 512. n. 2).

Diese Einrede des mangelhaften Besitzes, deren schon im §. 91. Anm. 3) gedacht worden ist, wird in der Zukunft bei den einzelnen Rechtsmitteln, welche zum Schutze der quasi possessio dienen, näher untersucht und dargestellt werden. Für jetzt genügt es schon, dieselbe im Allgemeinen angeführt zu haben.

Doch ist hier Folgendes zu merken:
Beruft sich Jemand auf die quasi possessio eines jus cloacae privatae, um die Reinigung und Ausbesserung der aus seinen Gebäuden durch das Grundstück eines Andern gehenden Cloake auf dem Gehöfte desselben vorzunehmen: so steht ihm die Einrede des mangelhaften Besitzes keineswegs entgegen, weil ihm das interdictum de cloacis zukömmt, welches das Eigenthümliche hat, daß dabei die gewöhnlichen Exceptionen (vi, clam precario) ausgeschlossen sind (Digest. lib. 43. tit. 23. de cloacis). Die Reinigung und Ausbesserung solcher Canäle soll nämlich, weil die ganze Stadt dabei interessirt ist, nicht aufgehalten werden; es steht dem Grundbesitzer nur frei, sein Recht im ordentlichen Rechtswege zu verfolgen.

Daraus folgt denn aber auch von selbst, daß der Grundbesitzer solche purgatio et refectio cloacae nicht durch Anstellung des interd. uti poss. verhindern kann; es steht ihm wegen solcher purgatio et refectio cloacae so wenig dies Rechtsmittel wie die operis novi nunciatio zu. (l. 1. §. 13. D. de cloac. in Verbindung mit l. 5. §. 10. §. 11. §. 12. D. de nov. oper. nunc.).

Dies sollen auch wohl die Worte im prätorischen Edicte (l. 1. pr. D. uti poss.):

„de cloacis hoc interdictum non dabo"

besonders andeuten. Diese Worte möchten sich daher nicht hauptsächlich auf den Schutz im Besitze des jus cloacae selbst beziehen, wie die Glosse lehrt, und nach derselben bisher angenommen worden ist: siehe z. B. Donellus lib. 15. C. 32. 33., von Savigny a. a. O. §. 46. S. 529.

§. 98.

Als Beispiel dieses Falles dient folgende Stelle in l. 3. §. 7. D. uti poss.:

> Caeterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a Praetore utentur: dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis, et ita Pomponius quoque scribit —

indem dieselbe so erklärt werden muß:

> der Besitzer des Grund und Bodens ist alleiniger Besitzer des Hauses, und hat das interdictum uti possidetis gegen Jeden, selbst gegen den Superficiar; da nun aber diesem das besondere interdictum uti superficiebus gegen Jeden, auch gegen den Besitzer des Grund und Bodens, zusteht, so kann er dies Interdict als

Beklagter in Form einer Exception vorbringen, und sich dadurch gegen das interdictum uti possidetis des Grundbesitzers schützen [1]).

Ein ähnliches Beispiel liefert auch der Fall, in welchem der eigentliche Besitzer das interdictum uti possidetis gegen den Fructuar anstellt; dieser kann alsdann ebenfalls das ihm verstattete Interdict in Form einer Exception vorbringen [2]).

1) Savigny a. a. O. §. 23. S. 288.

2) l. 4. D. uti poss., Savigny a. a. O. §. 45. S. 506.

§. 99.

Dagegen können l. 3. §. 5. §. 6. D. uti poss. zu Fällen dieser Art keineswegs gerechnet werden; dies wird sich aus der nachfolgenden Erläuterung dieser Gesetzstellen ergeben.

Eine solche Erläuterung möchte zwar bei gegenwärtiger Abhandlung, und vorzüglich an diesem Orte, als eine Digression erscheinen; es konnte aber dieselbe hiebei um so weniger umgangen werden, da beide Stellen zugleich die rechtliche Natur des interd. uti poss. überhaupt darstellen, und besonders über das, was im §. 38. wegen possessorischen Schutzes der natürlichen Freiheit des Grundstücks angeführt worden ist, mehr Licht verbreiten.

§. 100.

In l. 3. §. 5. §. 6. D. uti poss. ist verordnet, daß gegen denjenigen, welcher über den Grund und Boden eines Andern ein projectum [1]) angelegt hat, das interdictum uti possidetis unzulässig sey.

Dieser Fall ist also von den in §. 96—98. dargestellten Fällen, in welchen das interdictum uti possidetis zwar an und für sich Statt fand, aber durch eine als Widerklage geltende Exception zurückgewiesen werden konnte, ganz verschieden, denn hier wird gleich vom Anfange an das interdictum uti possidetis für unstatthaft von den Gesetzen erklärt; derjenige, welcher in diesem Falle das interd. uti possid. anstellt, muß sofort (a limine judicii) abgewiesen werden, während daß in jenen Fällen der Kläger mit dem interd. uti possid. obsiegte, in sofern der Beklagte seine als Vertheidigung vorgebrachte Einrede nicht darthun und rechtfertigen konnte.

1) Projectum bedeutet einen Ausbau über das Grundstück des Nachbars, ohne daß jedoch dieser Ausbau auf dem Grundstücke irgendwo ruht; Protectum dagegen bezeichnet ein Wetterdach von meiner Wand aus über meines Nachbars Grundstück in seinen Luftraum.

Beide werden nach den nämlichen rechtlichen Grundsätzen beurtheilt (Glück a. a. O. §. 668.).

§. 101.

Da wegen eines auf unserm Grund und Boden gewaltsam oder heimlich angelegten Werkes außer dem interdictum quod vi aut clam auch das interdictum uti possidetis anwendbar ist [1]), so scheint es auf den ersten Anblick sonderbar, daß in dem so eben erwähnten Falle das interd. uti poss. ohne alle Einschränkung abgesprochen wird.

Da indessen als Grund jener gesetzlichen Vorschriften angegeben wird:

> alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem —

so sind dieselben vielleicht aus der Ansicht hervorgegangen:

> der Luftraum über meinem Grundstücke wird zwar als mein Eigenthum angesehen, so daß sich Niemand eine Verfügung darüber anmaßen darf, wenn er keine Servitut erworben hat; dessen ungeachtet bin ich der Natur der Sache nach nicht Besitzer dieses Luftraums: ich kann also das von einem Andern angelegte projectum, welches nirgends auf dem Boden ruht, sondern bloß den Luftraum berührt, keineswegs als eine Störung meines Besitzes betrachten, folglich deswegen weder das interd. uti possid. anstellen, noch mir anmaßen, Kraft der dem Besitzer erlaubten Selbstvertheidigung das projectum eigenmächtig zu zerstören [2]); ich kann wegen des

nach meiner Meinung widerrechtlich angelegten projectum nach Beschaffenheit der Sache bloß das interdictum quod vi aut clam [3]) oder die Negatorienklage [4]) anstellen.

1) Siehe §. 38., desgleichen Donellus a. a. O. Lib. 15. c. 34., welcher am Ende dieses Kapitels sagt:
unde et de eo opere quod quis in nostro fecit, placet non tantum hoc interdicto (quod vi aut clam) agi posse, sed etiam uti possidetis.

2) Siehe §. 18., §. 38. Anm. 2. Die Anlegung eines projectum wird nicht als ein facere in alieno, sondern als ein facere in suo angesehen (l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil.).

3) l. 22. §. 4. D. quod vi aut clam (43, 24). — Donellus a. a. O. Lib. 15. c. 34.

4) l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 17. pr. D. si serv. vind. (8. 5), l. 14. §. 1. eod. Auch die Aeste vom Baume meines Nachbars, welche über mein Grundstück herüberhängen, darf ich nicht eigenmächtig abhauen; ich muß den Nachbar zur Wegnahme derselben auffodern, und im Falle, daß er sich dabei säumig zeigt, mich vom Prätor erst Kraft seines Edicts zur Abhauung autorisiren lassen. l. 1. D. de arborib. caed. l. 1. §. 7. §. 8. D. eod. (43, 27.).

Etwas Anderes ist es mit einem auf meinem Grundstücke heimlich oder gewaltsam angebrachten aquaeductus und immissum. Da durch dieselben der Besitz meines Grundstücks offenbar beeinträchtigt wird, so kann ich sie nicht nur in continenti eigenmächtig zerstören (§. 18.), sondern ich kann auch deshalb das interd. uti possid. anstellen (§. 38.); sollte im letztern Falle der Beklagte sich auf einen Besitz berufen, so kann ich die Replic des mangelhaften Besitzes gebrauchen (§. 97.).

§. 102.

Die l. 3. §. 5. D. uti possid. erfodert nebst kritischer Reinigung des Textes eine besondere exegetische Behandlung, welche in den folgenden §§. versucht werden soll.

§. 103.

Cujas [1]) hat in der l. 3. §. 5. D. uti poss., welche nach der gewöhnlichen Leseart so lautet:

Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem —

statt „utrique esse inutile" lieber „utrique esse utile" setzen wollen; Barth. Chesi [2]) hat aber die gewöhnliche Leseart vertheidigt.

Westphal [3]) stimmt dem letztern bei, und erklärt die Stelle so:

„daß, wenn einem Nachbar das Recht, Ausgebäue „über des Nachbars Grund und Boden zu haben, „zukommt, und er sich deshalb im Besitz befindet, „so wie sein Nachbar einen unstreitigen Besitz des „Grund und Bodens hat, keiner von beiden gegen „den andern mit dem uti possidetis durchzulan„gen vermöge." —

Dieser Auslegung von Westphal steht indessen besonders Folgendes entgegen:

a) dem Besitzer der servitus protegendi kömmt wegen Störungen in seinem Besitze das interdictum uti possidetis gegen den Besitzer des Grund und Bodens eben so wie gegen jeden Andern allerdings zu; dieser unleugbaren Wahrheit würde es aber offenbar widerstreiten, mit Westphal anzunehmen:

„daß nach l. 3. §. 5. keiner von beiden gegen den „Andern mit dem interdictum uti possidetis „durchkommen, folglich auch der Besitzer der ser- „vitus protegendi wegen Störungen von Sei- „ten des Besitzers des Bodens das interdictum „uti possidetis nicht gebrauchen könnte [4];"

b) in dem darauf folgenden Paragraphen (l. 3. §. 6. D. uti poss.) soll durch das: „Labeo quoque scribit" eine Bestätigung der l. 3. §. 5., eine Uebereinstimmung beider Gesetzstellen, angedeutet werden. Nun würden aber nach der Westphalschen Interpretation l. 3. §. 5. und l. 3. §. 6. keineswegs im völligen Einklange stehen, da in letzterer Gesetzstelle offenbar bloß davon gehandelt wird:

daß der Grundbesitzer gegen denjenigen, welcher das projectum hat, sich des interdictum uti possidetis bedienen will [5].

1) Obs. Lib. 17. Cap. 2.

2) Interpret. jur. L. 2. c. 7.

3) a. a. O. §. 240. Siehe auch Voet a. a. O. Lib. 43. tit. 17. §. 3.

4) Cujas a. a. O. bemerkt bei dieser Gelegenheit ganz richtig:

„et rursus non negant, domino aedium ex quibus pro„jectum est, utile interdictum esse, quod tamen se„cundum scripturam quam tuentur utique dicendum „est, nempe utrique inutile interdictum esse, quod „est absurdum; et eo posito, ineptissima ratio sub„jecta, quia alter solum possidet, alter aedes cum „projectione." —

Demjenigen, welcher das projectum hat, ist allerdings das interd. uti possid. gegen den ihn störenden Grundbesitzer um so mehr von Nutzen, weil dieser dagegen nicht einmal die except. vitiosae poss. vorbringen kann; der Grundbesitzer kann sich nicht darauf berufen, daß er in einem Besitze gestört sey, da er den Besitz des Luftraums nicht hatte (§. 101).

5) Die von Menochius (a. a. O. §. 242—246) versuchte Auslegung dieser Gesetzstellen ist eben so wenig passend, und die Accursische Glosse schwankt bei Erklärung derselben, indem sie in Betreff der l. 3. §. 5. D. uti poss. vier verschiedene Erklärungen aufstellt.

§. 104.

Aus allem ergiebt sich, daß mit der gewöhnlichen Leseart nicht auszukommen ist. — Da nun aber auch der von Cujas gethane Vorschlag keinen Beifall gefunden hat, und wohl auch keinen Beifall verdient, so lassen sich die Schwierigkeiten bei dieser Stelle vielleicht

dadurch heben, daß man anstatt „utrique“ lieber „utique“ lieset, und dann l. 3. §. 5. und §. 6. so paraphrasirt:

Ulpian bezieht sich bei dem aufgestellten Falle zuvörderst auf Cassius, welcher behauptet, daß hier dem vicinus (Grundbesitzer) das interdictum uti possidetis schlechterdings (utique) unnütz sey, weil dieser zwar das Grundstück, der Andere aber mit dem Gebäude auch die projectio[1]) besitze.

Zur Bestätigung dieser Meinung des Cassius beruft sich sodann Ulpian auf das, was Labeo in dieser Hinsicht aufgestellt hat:

„wenn der Kläger,“ sagt nämlich Labeo, „das „Interdict in einem solchen Falle mit der Formel „suchen wollte „„si eum locum possideamus „qui protecto tegetur,““

„so würde der Gegner sich auf das Interdict berufen können:

„sicuti nunc possidetis eas aedes, ex qui-„bus projectus est —

„und dadurch das Gesuch des Klägers sofort zurückweisen.“

1) Es steht nämlich superficies hier für projectum oder protectum, was auch schon in der Glosse von Accursius richtig bemerkt worden ist.

§. 105.

Wenn nun auch gleich die vorhandenen Manuscripte hinsichtlich der angefochtenen Leseart übereinstimmen sollten, so würde doch die vorgeschlagene Wegwerfung des Buchstaben „r" bei „utrique" vielleicht der Conjecturalcritik erlaubt seyn, weil aus allem hervorgehen möchte, daß der Gesetzgeber nicht „utrique esse inutile" sondern „„„utique esse inutile""" sagen wollte.

Denn es wird in der fraglichen l. 3. §. 5. D. uti poss. der Fall aufgestellt:

> si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur (si projectum supra vicini solum non jure habere dicatur),

und die Frage aufgeworfen:

> an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum?

Wollte man diese Frage so übersetzen:

> „ist hier das interdictum uti possidetis dem „einen gegen den andern (also beiden gegen einander) von Nutzen?"

so würde dieselbe auf den vorgelegten Fall nicht passen.

Dieser geht lediglich dahin, daß der Grundbesitzer durch die projectio des Andern sich für beeinträchtigt hält; es ist von Störung des Besitzers der projectio keineswegs die Rede, sondern nur von einer angeblichen Störung des Grundbesitzers. Es konnte nämlich

scheinen, daß letzterer in solchem Falle das interdictum uti possidetis allerdings habe, weil er im Besitze des Grund und Bodens gestört werde, weswegen der Jurist nach den unmittelbar vorher dargestellten Fällen (l. 3. §. 2. §. 3. §. 4. uti poss.), in welchen von Störung des Besitzes des Grundstücks gehandelt wird, auch den ebengedachten Fall aufstellt, und die Frage aufwirft:

an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum? — [1])

welche denn in Consequenz des in Rede stehenden Falles so übersetzt werden muß:

ist dem vicinus das interdictum uti possidetis gegen denjenigen, welcher die projectio hat, gestattet?

was auch mit den Regeln des Sprachgebrauchs übereinstimmt, indem die beiden alter hier als zwei demonstrative Pronomen erscheinen, von welchen das eine auf den vicinus, das andre auf den Besitzer der projectio bezieht [2]).

Nun konnte auf die in diesem Sinne genommene Frage nicht die Antwort erfolgen, daß beiden (utrique) das Interdict ohne Nutzen sey, weil diese Antwort mit dem Falle und der Frage gar nicht übereinstimmen würde; es mußte vielmehr nach dem Zusammenhange eine solche Antwort erfolgen, wodurch bestimmt ward:

ob das interdictum uti possidetis dem vicinus zukomme oder nicht —

welche nun auch nach der im §. 101. entwickelten Natur der Sache verneinend dahin ausfiel:

daß in solchem Falle das interdictum uti possidetis dem Grundbesitzer schlechterdings (utique) unnütz sey. (Et est apud Cassium relatum, utique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem).

1) So wie es in der unmittelbar vorhergehenden l. 3. §. 4. D. uti poss. heißt:

Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid juris sit?

eben so heißt es in l. 3. §. 5. D. uti poss.:

Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum?

2) Dies ist dem Genius der lateinischen Sprache ganz gemäß (siehe z. B. Cic. 1. Off. c. 26. Cic. pro Quint. c. 1.); so daß hiebei die grammatische und logische Auslegung in ihren Resultaten sich keineswegs widerstreiten.

§. 105.[a]

Das, was in dem vorhergehenden §. dargestellt worden ist, wird um so einleuchtender, wenn man die beiden von Ulpian herrührenden Fragmente, l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. (Ulpianus lib. 18. ad Edictum) und l. 3. §. 5. D. uti poss. (Ulpianus lib. 69. ad Edictum) zusammenstellt, und so den Sinn der l. 3. §. 5. durch die Aeußerungen der l. 29. §. 1. erklärt.

So wie Ulpian in l. 29. §. 1. D. ad l. A. wegen eines widerrechtlich angelegten projectum dem Grundbesitzer das Recht der Selbstvertheidigung nicht gestattet, eben so erklärt derselbe in l. 3. §. 5. D. uti poss., daß der Grundbesitzer wegen eines widerrechtlich angelegten projectum das interdictum uti possidetis nicht habe.

In jener Gesetzstelle wird der Fall angenommen, daß der Grundbesitzer das widerrechtlicher Weise angelegte projectum eigenmächtig zerstört hatte (si projectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses); in dieser wird von dem Falle gehandelt, wo der Grundbesitzer sich an solcher projectio zwar nicht vergriffen hatte, sich doch aber durch dieselbe für beeinträchtigt hielt (si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur), so daß die Frage entstand, ob er deshalb das interdictum uti possidetis anstellen könne oder nicht.

Sodann stimmt der in l. 29. §. 1. D. ad l. A. aufgestellte Grund, warum das Recht der Selbstvertheidigung abgesprochen ward:

> quia in suo protexit, non in alieno fecit

mit dem in l. 3. §. 5. uti poss. aufgestellten Grunde, aus welchem das interdictum uti possidetis abgesprochen ward:

quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem

ganz zusammen; in beiden Fällen wird als Entscheidungsnorm angenommen, daß fremder Besitz nicht verletzt sey.

Aber auch dadurch wird der im vorhergehenden §. dargestellte Sinn der l. 3. §. 5. D. uti poss. unterstützt, wenn man diese Gesetzstelle mit der gleich darauf folgenden l. 3. §. 6. D. uti poss. vergleicht. Letztere Gesetzstelle soll offenbar eine bloße Bestätigung der erstern enthalten, was durch „Labeo quoque scribit" angedeutet wird: sie kann also nicht mehr oder weniger verordnen als l. 3. §. 5., und diese kann nicht mehr oder weniger verordnen als jene; was aus dem Begriffe der **bloßen Bestätigung** folgt. Da nun l. 3. §. 6. ganz allein von dem Falle handelt:

„ex aedibus meis in aedes tuas projectum „habeo"

indem sie zeigt, daß dem Grundbesitzer in diesem Falle das interdictum uti possidetis nicht zukommen könne [1]): so muß gleichfalls l. 3. §. 5. D. uti poss. sich lediglich auf einen Fall der Art beziehen, und kann nichts weiter enthalten, als daß das interdictum uti possidetis in solchem Falle dem **Grundbesitzer** nicht gestattet sey. — Es stimmt daher der nach §. 105. aus dem Zusammenhange der l. 3. §. 5. uti poss. entwickelte Sinn dieser Gesetzstelle mit der Erklärung durch Parallelismus vollkommen überein.

1) Selbst von Westphal a. a. O. §. 240. wird dies Gesetz auf die Weise ausgelegt.

§. 105.[b]

Nimmt man demgemäß bei Beantwortung der in l. 3. §. 5. D. uti poss. aufgeworfenen Frage die vorgeschlagene Leseart an:

„utique esse inutile“

so paßt die Frage auf den Fall, und die Antwort auf die Frage; das sich sonach ergebende Resultat entspricht der Natur der Sache (§. 101.), so wie der l. 29. §. 1. D. ad l. A. und der l. 3. §. 6. D. uti poss. (§. 105.[a]); wogegen nach der alten Leseart:

„utrique esse inutile“

die Antwort weder auf den Fall noch auf die Frage passen, auch nach §. 105.[a] mit l. 29. §. 1. ad L. A. und l. 3. §. 6. uti poss. nicht im Einklange stehen, und besonders nach §. 103. schon an sich ein den übrigen Rechtsgrundsätzen widersprechendes Resultat liefern würde.

Es möchten daher im gegenwärtigen Falle alle Bedingungen zur höhern Critik vorhanden seyn 1).

Daß übrigens „utique“ in den Gesetzen häufig in dem Sinne vorkömmt, in welchem es hier genommen ist, bedarf kaum einer Erwähnung 2), so wie es auch von selbst einleuchtet, daß statt „utique“ sich besonders bei den Manuscripten leicht „utrique“ eingeschlichen haben mag 3).

1) Thibaut P. R. §. 52. Thibaut Theorie der log. Auslegung. (2te Aufl. 1806) §. 44. Der Jurist darf zwar nicht aus dem bloßen Umstande, weil er bessere Resultate bekömmt, bessern; er kann aber wegen der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers den Buchstaben verlassen. Das Princip der Conjectural- oder höhern Critik besteht darin: dieselbe tritt ein, in sofern sich zweierlei beweisen läßt, nämlich

1) daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers war, das zu sagen, sondern

2) daß der Gesetzgeber vielmehr jenes sagen wollte.

Beides ist nun aber im gegenwärtigen Falle vielleicht dargethan; was jedoch der Beurtheilung Sachverständiger überlassen wird.

2) Siehe unter mehreren andern Stellen l. 4. §. 2. D. de precar., l. 4. §. 6. D. de usurp., l. 1. §. 6. D. de vi, l. 16. pr. D. de rei vind., l. 3. pr. quod vi aut clam, l. 5. §. 3. de oper. novi nunc. Diese Bedeutung des Wortes „utique" kömmt auch häufig bei andern classischen Schriftstellern vor: illud scire utique cupio (Cic.) — nisi alterum consulem utique ex plebe fieri necesse sit (Cic.).

3) Dieser Irrthum konnte sich um so leichter einschleichen, wenn man die beiden alter nicht als zwei demonstrative Pronomen nahm.

C. Ueber den Fall, in welchem der Beklagte behauptet, daß der Kläger mit Hinsicht auf ihn unechter Besitzer sey.

§. 106.

Wenn der Beklagte in diesem Falle darthut, daß der Kläger mit Hinsicht auf ihn wirklich unecht besitzt,

so wird der Kläger nicht nur abgewiesen, sondern auch überdies dazu verurtheilt, dem Beklagten den Besitz einzuräumen [1]): es erscheint also auch in diesem Falle der Kläger als Beklagter.

Es ist im Grunde hier ein interdictum recuperandae possessionis, und zwar das interdictum de vi oder das interdictum de precario, welches in der Form einer Einrede vom Beklagten gegen den Kläger vorgebracht wird [2]). (§. 62—73.)

1) Siehe §. 73. dieser Abh., wie auch Savigny a. a. O. §. 37. S. 426, §. 39. S. 432.

2) Bei der heut zu Tage üblichen possessorischen Prozeßart wird diese exceptio possessionis vitiosae zur besondern Ausführung, nämlich in das possessorium ordinarium, verwiesen, eben so wie (nach §. 95. Anm. 1) die regelmäßige und gründliche Untersuchung des Besitzes, als eines bloßen Factums, in das poss. ordinar. verwiesen ward; was hier ebenfalls nur vorläufig bemerkt wird.

§. 107.

Dieser Fall ist schon oben ausführlich abgehandelt worden (§. 71—77.), weshalb es hier einer weitern Auseinandersetzung desselben nicht bedarf. — Es sollen daher nur noch einige allgemeine Bemerkungen über die Duplicität des interdictum uti possidetis folgen.

D. Noch einige allgemeine Bemerkungen über die Duplicität des interdictum uti possidetis.

§. 108.

In dem unter A. dargestellten Falle (§. 87—95.) wird eigentlich ein doppeltes interdictum uti possidetis verhandelt [1]); in dem unter B. dargestellten Falle (§. 96—98.) werden gleichfalls zwei Interdicte verhandelt, nur daß hiebei gerade nicht zwei interdicta uti possidetis zu collidiren brauchen, da das interd. uti poss. mit einem andern zum Schutze der quasi possessio bestimmten interdictum retinendae possessionis z. B. dem interdictum de superficiebus, dem interdictum de itinere gegen einander stoßen kann; eine Verhandlung zweier Interdicte tritt aber auch in dem Falle unter C. ein (§. 106—107.), doch collidirt alsdann das interdictum uti possidetis nicht mit einem interdictum retinendae, sondern mit einem interdictum recuperandae possessionis.

Die Gesetze konnten daher vom interdictum uti poss. mit Recht sagen:

> ideo duplex vocatur, quia par utriusque litigatoris in hoc conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet.

1) Es darf aber nicht aus der Acht gelassen werden, daß nach den vorhergegangenen Ausführungen bei beiden hier gegen einander laufenden interd. uti poss. bloß das Daseyn des Besitzes, keineswegs die Echtheit desselben, zur Sprache kömmt. Denn der Beklagte räumt, wie wir gesehen haben, dem Kläger gar keinen Besitz ein (§. 89). Eben so wenig kann auch der Kläger dem Beklagten den Besitz zugestehen, und nur die exceptio vitiosae possessionis als Replic dagegen vorbringen, da er in diesem Falle sofort abgewiesen, und zur Anstellung des interd. de vi oder de precario verwiesen werden müßte (§. 42 §. 79.); will der Beklagte aus Besitzhandlungen, welche in der That keinen Besitz begründen (§. 93.), einen Besitz herleiten, und dadurch seinen Anspruch auf possessorischen Schutz begründen, so steht ihm die exceptio possessionis nullae als Replic entgegen, welche nicht mit der exceptio possessionis vitiosae verwechselt werden darf (§. 94).

§. 109.

In allen drei Fällen konnte der Beklagte anfänglich auch als Kläger auftreten: denn, wenn ihm gleich das interdictum uti possidetis selbst nicht zustand, so hatte er doch, wie wir gesehen haben, ein andres interdictum retinendae oder recuperandae possessionis.

Es erscheint aber in allen drei Fällen derjenige in formeller Hinsicht (quoad ordinationem judicii) als Kläger, welcher zuerst vor dem Richter aufgetreten ist [1]).

1) Savigny a. a. O. §. 37. S. 427, Mevii dec. P. VIII. dec. 449. Sind beide Theile zugleich aufgetreten, so entscheidet das Loos arg. leg. 14. D. de judiciis (5, 1).

§. 110.

Aus dem Vorhergehenden ergiebt sich, daß die Gesetze, indem sie das interdictum uti possidetis für duplex erklärten, die so eben unter A. B. C. aufgestellten drei Fälle vor Augen gehabt, und beim interdictum uti possidetis eine Besitzstreitigkeit im eigentlichen Sinne des Wortes (§. 86.) als regelmäßig angenommen haben.

Deswegen sagt auch Ulpian[1]):

> hoc interdictum sufficit, ei qui aedificare in suo prohibetur. Etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.

Ulpian führt dabei als Grund des interdictum uti possidetis ausdrücklich an:

> „daß wegen der Verhinderung des Baues und der „dadurch verhinderten Benutzung des Besitzes „anzunehmen sey, daß dem Besitzer sein Besitz „streitig gemacht, und vom Gegner in Anspruch „genommen werde."

Damit stimmt überein, was derselbe classische Jurist in dem gleich darauf folgenden Paragraphen [2]) sagt:

> testarique dominum, non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret:

„der Eigenthumsbesitzer solle zu erkennen geben, er „beeinträchtige den Miethsmann keineswegs in der „Miethe, er wolle nur nicht, daß derselbe sich wie „Besitzer benehme, sich eines Besitzes anmaße" [3]).

1) l. 3. §. 2. D. uti poss.

2) l. 3. §. 3. D. uti poss.

3) Auf eine Anmaßung des Besitzes wird auch wohl hingedeutet, wenn in l. 1. §. 4. D. uti poss. gesagt wird: hoc interdictum tuetur ne amittatur possessio — aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus.

§. 111.

Der Grund, warum die Gesetze beim interdictum uti possidetis eine solche Besitzstreitigkeit im eigentlichen Sinne des Wortes als regelmäßig angenommen, mit andern Worten, das interdictum uti possidetis für ein interdictum duplex erklärt haben, liegt wohl darin, daß die bisher dargestellten drei Fälle gewöhnlich hervortreten, und daß auch nur in diesen Fällen ein eigentlicher Rechtsstreit, nämlich actio et exceptio, vorhanden ist.

§. 112.

Daß nur in den unter A, B und C aufgestellten Fällen ein eigentlicher Rechtsstreit und das interdictum uti possidetis in seiner Vollständigkeit eintritt, ergiebt sich aus Folgendem:

Wenn 1) der Beklagte bloß die allgemeinen Bedingungen des interdictum uti possidetis bestreitet, indem er den Besitz des Klägers oder die Störung, oder beides zugleich ablängnet, so thut nun der Kläger die Bedingungen des interdictum uti possidetis entweder dar oder nicht; tritt letzteres ein, so wird er nach den gewöhnlichen Prozeßregeln abgewiesen, ohne daß der Beklagte etwas Weiteres für sich anzuführen, oder zu beweisen nöhig hat (§. 79.), tritt aber ersteres ein, so wird der Beklagte, der übrigens nichts zur Vertheidigung angeführt hatte, geradezu verurtheilt.

Wenn hingegen 2) der Beklagte den Besitz und die Störung zugiebt, ohne etwas zu seiner Vertheidigung anzuführen, so ist offenbar kein weiterer Prozeß vorhanden; der Beklagte muß verurtheilt werden.

In den so eben unter 1 und 2 erwähnten Fällen ist also kein eigentlicher Rechtsstreit, keine actio et exceptio, vorhanden; das interdictum uti possidetis tritt da in seiner Vollständigkeit nicht ein.

§. 113.

Einige Rechtslehrer sind durch dies Alles bewogen worden, als ein wesentliches Erfoderniß zur

Anstellung des interdictum uti possidetis aufzustellen:

daß aus der Besitzstörung eine Besitzstreitigkeit im eigentlichen Sinne des Worts hervorgehen müsse.

So behauptet Voet [1]):

datur hoc interdictum adversus eos, qui se quoque possidere contendunt eoque sub obtentu agentem in possessione turbant etc.

Auch Westphal [2]) lehrt:

„Außer dem fortdauernden und noch gegenwärti-
„gem Besitze setzt dieses Interdict eine vom Geg-
„ner darin geschehene Beunruhigung und Stö-
„rung voraus, woraus dieser sich wider
„den Besitzer einen gegentheiligen Be-
„sitz anmaßen wollen" —

welchem Hofacker [3]) überall beistimmt, indem derselbe vom interdictum uti possidetis sagt:

competit adversus eum, qui sese possidere quoque contendit, et agentem in possidendo, factis non verbis tantum, turbat.

Diese Behauptungen stehen aber mit der bisher dargestellten rechtlichen Natur dieses Interdicts in Widerspruch: denn dies Rechtsmittel ist gegen alle Eigenmacht, wodurch der Besitzer als solcher beschränkt wird,

gerichtet, und zwar ohne Unterschied, ob der Störer gerade behauptet, ebenfalls Besitzer zu seyn, oder nicht; jeder, welcher den Besitz auf diese Weise nicht achtet, mag dies nun aus einer Ursache geschehen, aus welcher es will, ist ein Störer, der Gestörte kann gegen denselben wegen solcher Störungen vermittelst des interdictum uti possidetis die Staatshülfe in Anspruch nehmen [4]) (§. 35).

Ob einer von den im §. 86. aufgestellten drei Fällen eintreten werde oder nicht, das hängt erst vom weitern Verfahren ab: es kann also dadurch die Anstellung des interdictum uti possidetis selbst nicht bedingt werden.

1) Comment. ad Pand. Lib. 43. tit. 17. §. 3.

2) a. a. O. §. 236.

3) princip. jur. civ. T. III. §. 1069. Siehe auch Donellus a. a. O. Lib. 15. c. 52.

4) Dies bestätigt sich besonders durch l. 11. D. de vi (43, 16), l. 8. §. 5. D. si serv. vind. (8, 5), l. 14. D. de injur. (47, 10), l. 5. §. 10. D. de nov. op. nunc. (39, 1), l. 1. §. 4. D. uti poss. (43, 17), l. 1. §. 6., l. 3. §. 4., l. 3. §. 9. eod.; es heißt in l. 1. §. 4. D. uti poss. ganz allgemein:

nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet — denique praetor possidenti vim fieri vetat —

und in l. 1. §. 6. eod.:

interdictum autem possessorem praedii tuetur. —

Dies bestätigt sich überdies durch das Beispiel bei Theophilus de interd. §. 1.:

„προσῆλθον ἐγὼ τῷ πραίτωρι τὴν τοῦ ἀντιδίκου διηγούμε-
„νος ἀπειλὴν, εἶπον δὲ ἐμαυτὸν ἀνεπιλήπτως νέμεσθαι·
„καὶ ἀπεφήνατο ὁ πραίτωρ οὕτως λέγων· sine vitio
„possidenti vim fieri veto.“

Vorzüglich wird dies durch den in l. 3. §. 4. uti poss. von Ulpian aufgestellten Fall dargethan:

Jemand hatte die Weinstöcke aus dem Grundstücke eines Andern um seine Bäume herüber gezogen. In diesem Fall soll der Andere befugt seyn, nach vorgängiger Anzeige die Ranken abzuschneiden, oder, wenn ihm dies verwehrt wird, das interd. uti poss. anzustellen.

Hier war also von einer Anmaßung eines gegentheiligen Besitzes nicht die Rede, sondern ganz allein davon: daß der Besitzer in der freien Ausübung seines Besitzes beschränkt ward (vim tibi facere videtur, quominus possideas — possidere prohibetur).

Von den nämlichen Ansichten sind auch ausgegangen: das preußische Gesetzbuch Th. 1. Tit. 7. §. 150—154, das österreichische Gesetzbuch §. 339.

§. 114.

Voet a. a. O. lehrt zu Folge des von ihm aufgestellten Satzes:

„Sed et, si turbatio rebus quidem ipsis et „factis contigerit, verum non ab eo, „qui refert quaestionem posses„sionis seu non obtendit, se „possidere, verum ex petulan„tia forte inquietat, etiam tunc in„juriarum magis quam hoc interdicto, „agendum foret. arg. l. injuriarum actio „13. §. ult. ff. de injuriis junct. d. l. „25. ff. de act. emt."

Will Voet damit sagen, daß in einem solchen Falle der Beklagte schlechterdings die actio injuriarum anstellen müsse, also statt derselben nicht auch das interdictum uti possidetis gebrauchen könne, so kann man ihm darin eben so wenig beipflichten, denn aus dem Vorhergehenden ergiebt sich, daß selbst dann:

wenn der Störer weder sich selbst einen Besitz beilegt, noch den Besitzer für einen unechten ausgiebt, sondern aus bloßem Muthwillen stört —

das interdictum uti possidetis zulässig ist, obgleich die Gesetze in Fällen der Art auch actio injuriarum verstatten.

§. 115.

Aus Allem geht hervor, daß das interdictum uti possidetis dadurch

„daß aus der Besitzstörung eine eigentliche „controversia possessionis hervorgehen müsse"

keinesweges absolut bedingt ist, daß vielmehr die Gesetze, indem sie das interdictum uti possidetis für duplex erklärten, bloß sagen wollten:

wenn das interdictum uti possidetis in seiner Vollständigkeit eintritt, so ist es ein judicium duplex; die exceptio des Beklagten gilt als Widerklage, so daß derjenige, welcher anfänglich als Kläger auftrat, wider die sonstigen Regeln des Prozesses condemnirt werden kann.

Die besondere Eigenschaft des interdictum uti possidetis, als eines interdictum duplex, kann freilich der Natur der Sache nach nicht anders eintreten, als wenn der Beklagte sich eines gegentheiligen Besitzes anmaßt; daraus folgt aber nicht, daß die Anstellung des interdictum uti possidetis selbst davon abhängig sey.

Die angeführten Rechtslehrer, Voet, Westphal und Hofacker, haben daher die Bedingungen der Duplicität des interdictum uti possidetis mit den Bedingungen des interdictum uti possidetis selbst verwechselt [1]).

1) Mit Recht sagt daher auch schon Wissenbach (Exercitationes ad Pand. editio III, Franekerae Frisiorum 1661 P. II. disp. XXIV. §. 1.)

„Plerique docent, Interdicta Retinendae Possessionis „tum demum habere locum, cum in iis uterque se pos„sidere contendit, atque adeo uterque tam rei quam „actoris partes sustinet, (l. 1. §. inter litigatores 3, l. „3. §. 1. D. uti poss.). Fallax doctrina! nam et is In„terdicto retinendae possessionis convenitur, qui me in „possessione turbat tantum et impedit, nec ea me li„bere uti sinit (l. 3. §. hoc interdictum 2 et §§. ali„quot seqq. D. eod. l. 8. §. Aristo D. si serv. vindic.).“

Das Nämliche lehrt Peter Müller ad Struvium lib. 43. tit. 17. th. 116. α., indem er sagt:

„Cum et is interdicto retinendae possessionis conve„niatur, qui me in possessione tantum turbat, et im„pedit, nec ea me libere uti sinit.“

Anhang zu diesem Kapitel.

Etwas über die Erklärung der Formel des prätorischen Edicts: „uti possidetis."

§. 116.

Man hält gewöhnlich die in l. 1. pr. D. uti poss. enthaltene Stelle des prätorischen Edictes, wodurch das interdictum uti possidetis angeordnet ward, und welche so lautet:

> ait praetor: uti eas aedes quibus de agitur [1]) nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto etc.

für die Formel des interdictum uti possidetis selbst, und meint, diese Interdictsformel sey deshalb im Plural abgefaßt, weil sie den Fall vor Augen habe, in welchem beide Theile zu besitzen behaupteten (§. 86. A); es solle dadurch ausgedrückt werden:

> so wie einer von euch, die ihr beide zu besitzen behauptet, wirklich besitzt [2]) u. s. w. —

Diese Ansichten möchten aber eine genaue Prüfung nicht aushalten, wie sich aus nachfolgender Entwickelung und Darstellung des Inhalts dieses prätorischen Edicts, in soweit derselbe hier zur Sprache kömmt, ergeben wird.

1) Obgleich das Edict nur von aedes redet, so wurde es doch auf Grundstücke überhaupt angewendet (l. 1. §. 1. uti poss. Paulus rec. sent. lib. 5. tit. 6. §. 1.; vergl. Cicero topica cap. 22). Wegen des Ausdrucks: „quibus de agitur" siehe Cicer. topic. c. 25. und Cicer. in Bruto c. 80.

2) Lauterbach a. a. O. Lib. 43. tit. 17. §. 1., Westphal a. a. O. §. 217., Savigny a. a. O. §. 37. S. 425, n. 1.

§. 117.

Man muß nach dem Vorhergehenden beim interdictum uti psssidetis insonderheit zwei Fälle unterscheiden, erstlich den Fall:

> daß der Beklagte vorschützt „der angebliche Besitz des Klägers sey mit Hinsicht auf ihn possessio nulla, weil er vielmehr besitze" (§. 86. A),

zweitens den Fall:

> daß der Beklagte einwendet „des Klägers Besitz sey mit Hinsicht auf ihn unecht" (§. 86. C).

Da nun in der Formel des Edicts von den bekannten Einreden der Unechtheit des Besitzes ausdrücklich die Rede ist, so muß man dieselbe vorzüglich auf den eben erwähnten zweiten Fall beziehen — was um so passender seyn möchte, da auch an einem andern Orte das interdictum uti possidetis hauptsächlich auf diesen zweiten Fall bezogen wird, und zwar in l. un. D. de utrubi (43. 31), wo verordnet ist:

ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi, nec clam nec precario — dum super hoc ab adversario inquietatur — possessionem habet,

wo also besonders von dem Falle gehandelt wird, in welchem jemand dem Andern zwar den Besitz zugesteht, aber aus dem Grunde eine Störung dieses Besitzes unternimmt, weil er dem Besitzer Schuld giebt, mit Hinsicht auf ihn unecht zu besitzen (§. 86. C).

Die hauptsächliche Beziehung des Edicts auf diesen zweiten Fall blickt überdies daraus hervor, daß Ulpian [1]) sagt:

perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: quod nec vi, nec clam, nec precario ab illo possidet —

und gleich darauf [2]) zur Erklärung der im Edicte enthaltenen Stelle:

— nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis —

hinzufügt:

hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi aut clam et precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere.

Selbst das (§. 113.) angeführte Beispiel bei Theophilus, wo die solemne Formel:

sine vitio possidenti vim fieri veto! ausgesprochen wird, bestätigt diese Ansicht.

1) l. 1. §. 5. D. uti possidetis.

2) l. 1. §. 9. D. uti poss.

§. 118.

Der Prätor wollte daher durch sein Edict offenbar im Allgemeinen sagen:

ich nehme den Besitz, wie er besteht (uti possidetis) unter meinen Schutz, in sofern derselbe mit Hinsicht auf den Gegner nur nicht vi, clam vel precario erlangt worden ist.

Der Prätor versprach unter der ebengedachten Einschränkung Schutz gegen alle Gewalt, welche gegen den bisherigen Besitzer des Grundstücks gerichtet werde.

Das uti possidetis war demnach nicht gerade an beide streitenden Theile gerichtet; es bezog sich im Gegentheil ganz allgemein auf den jetzigen Besitzstand, in welchem sich jemand befand [1]).

1) Menken in seiner bereits oben angeführten Dissertation: de possessionis turbatione §. V. p. 9. sagt daher auch:
jam vero Edicta tanquam ad populum in universum directa, in plurali maximam partem concipiebantur, unde et in illo haec:
uti illas aedes alter ab altero possidetis
leguntur ita concepta verba.

zu der in eben dieser Dissertation aufgestellten Conjectur, nach welcher anstatt „possidetis“ lieber „possidet is“ zu lesen wäre, braucht man keineswegs seine Zuflucht zu nehmen.

§. 119.

Die in dem vorhergehenden §. gegebene Erklärung der in dem prätorischen Edicte enthaltenen Bekanntmachung wird durch die historische Entwickelung des interdictum uti possidetis unterstützt [1]); sie stimmt auch mit der von Eginhard Baron vorgeschlagenen Formel des Edicts: „uti possidetis“, welche so lautet:

qui rem soli possidebit, ei vim fieri ab eis, a quibus nec clam, nec vi, nec precario possidebit, interdicam etc.

ganz überein [2]).

Die Art der Abfassung der prätorischen Edicte zeichnet sich dadurch aus, daß der magistratus immer selbst spricht, was er thun wolle, und was Andere zu thun haben, damit er ihnen beistehe [3]). Damit würde überdies der im vorhergehenden §. dargestellte Inhalt dieses Edicts völlig übereinkommen.

1) Siehe Niebuhr Römische Geschichte Th. 2. S. 370—373, Savigny a. a. O. §. 12.ª S. 173—181.

2) Menochius remed. retin. poss. 3. n. 2. et 3.
Ehrenberg in seiner Dissertation de genuino colore possessorii sub praeside Gasseri (Halis 1729) §. 25. führt bei dieser Gelegenheit an:

„quod Ulpianus et Icti communiter verba inter-
„dictorum genuina cognita non habuerint, atque ita
„omnia frequenter in se mendosa, cujus exempla jam
„plura exhibuimus etc."

Obgleich dieser Behauptung nicht beizustimmen seyn möchte, so ist doch soviel gewiß, daß jene Formel nicht ganz der ältern entspricht, die aus Verrius Flaccus und ursprünglich aus Aelius Gallus erhalten ist bei Festus s. v. Possessio, denn hier lautet sie so:

uti nunc possidetis eum fundum etc.

so daß nunc eingeschaltet, und eum fundum statt „eas aedes" gesetzt ist.

3) Hugos Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts (6te Auflage) §. 178.

§. 120.

Es ist zwar nicht in Abrede zu stellen, daß der im §. 117. zuerst erwähnte Fall, in welchem der Beklagte ebenfalls zu besitzen behauptet (§. 86. A), unter das Edict subsumirt werden kann: denn der wirkliche Besitz des Klägers ist eine wesentliche Bedingung des interdictum uti possidetis, kann also der Kläger denselben nicht darthun, so muß er abgewiesen, und im Falle, daß der Beklagte in der That den Besitz hat, wegen der Duplicität des Interdicts sogar verurtheilt werden (§. 89—92). Allein es ist der Sinn des Edicts hierauf nicht insbesondere zu richten; dieser Fall ist nur indirect unter demselben enthalten.

§. 121.

Man muß nach dem allen die im Edicte ausgesprochene allgemeine Bekanntmachung (formula edicti) von der in Gemäßheit derselben eintretenden individuellen Anordnung des Prätors bei einzelnen Fällen (formula interdicti) unterscheiden [1]). Dieser individuelle Ausspruch des Prätors konnte z. B. den Umständen nach in den Worten:

sine vitio possidenti vim fieri veto!

bestehen [2]), aber auch, besonders in dem Falle, wo das interdictum uti possidetis bei der Vindication statt der datio vindiciarum gebraucht ward (von welchem Falle im folgenden Kapitel gehandelt werden wird) so lauten:

uti nunc possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto!

In der letztern Interdictsformel werden allerdings die zwei streitenden Theile auf gleiche Art (pari sermone) angeredet [3]): von ihr, (nicht aber von der Edictsformel im Allgemeinen) gilt daher die im §. 116. erwähnte Auslegung.

1) Dies ist bereits von Eginhard Baron geschehen, und von Menochius gebilligt worden. Es stimmt dies auch mit den Ausführungen von Haubold überein. (Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. B. 3. S. 358 fg.)

2) Siehe Theophilus de interd. §. 1. Haubold a. a. O. S. 370 n. 34.

3) Gaji inst. 4. §. 160, Theophilus de interd. §. VII.

Viertes Kapitel.

Betrachtung des besondern Falles, in welchem das interdictum uti possidetis hauptsächlich als Vorbereitung und Einleitung der Eigenthumsklage vorkömmt.

§. 122.

Streiten sich zwei Personen über das Eigenthum eines Grundstückes, indem Jeder behauptet, Eigenthümer desselben zu seyn, so sind sie über den Punkt:

> wer von ihnen als Besitzer des Grundstücks anzusehen sey,

entweder einig oder nicht; im erstern Falle muß der Nichtbesitzer gegen den Besitzer die Eigenthumsklage anstellen (ille possessoris commodo quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur); im letztern Falle aber, in welchem jeder von beiden Theilen Besitzer seyn will (quia alteruter se magis possidere affirmat), wo also der Punkt des Besitzes streitig ist, muß erst entschieden werden, wem der Besitz zustehe, wer mithin bei der anzustellenden Eigenthumsklage des Klägers oder des Beklagten Stelle zu übernehmen habe:

> namque, sagt Justinian[1]), nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut

alius possideat et alius a possidente petat [2].

Die Parteien sollen daher im letztern Falle wegen Ausmittelung des Besitzstandes vor allen Dingen zum interdictum uti possidetis verwiesen werden [3]; es tritt hier immer eine eigentliche controversia possessionis (§. 86.) hervor.

1) §. 4. J. de interd. (4, 15). Vergl. auch l. 62. D. de judic. (5, 1).

2) Wenn Justinian sich hiebei nicht allein auf die Natur der Sache (naturalis ratio) sondern auch auf die civilis ratio bezieht, so deutet derselbe wohl darauf hin, daß von der legis actio her die alte Regel, nach welcher bei der actio in rem erst ein petitor und ein possessor bestimmt werden mußte, stehen geblieben war; es war nämlich eine Eigenheit des alten römischen Prozesses, daß nach der legis actio bei der Eigenthumsklage die streitige Sache oder ein Stück davon im Gericht lag, und beide Parteien als Kläger auftraten, also zuerst ein Erkenntniß darüber erfolgen mußte, wer Besitzer und Beklagter seyn sollte. (Praetor vindicias dabat oder vindicias dicebat).

3) l. 1. §. 3. D. uti poss.:
Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere; ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

Man verbinde damit §. 4. J. de interd. (4, 15), l. 8. C. de interd. (8, 1). — Gajus 4. §. 148, Theophilus §. 4. de interd.

Das interdictum uti poss. ist in diesem Falle an die Stelle der sonstigen datio vindiciarum getreten. Savigny a. a. O. §. 37. S. 419—420.

§. 123.

Denkt man sich das interdictum uti possidetis als ein solches Rechtsmittel, welches dazu bestimmt ist, dem Besitzer unbeweglicher Sachen gegen Störungen in seinem Besitze gerichtlichen Schutz auszuwirken (wie es bisher dargestellt worden ist), so möchte es auffallend seyn, daß die Gesetze die Parteien auch in dem so eben erwähnten Falle zur Anstellung des interdictum uti possidetis verweisen: denn hier soll ja bloß der Prozeß über das Eigenthum durch die vorläufige Untersuchung des Besitzstandes regulirt werden, es ist von einer Störung des Besitzes, gegen welche die Staatshülfe in Anspruch genommen wird, eigentlich gar nicht die Rede; — „exitus controversiae possessionis, sagt auch Ulpian[1]), est hic tantum, ut prius pronunciet judex, uter possideat. Ita enim fiet, ut is qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur, et tunc de domino quaeratur.“ Das interdictum uti possidetis erscheint hier in aller Hinsicht als eine bloße Vorbereitung und Einleitung zur Eigenthumsklage, als ein Rechtsmittel, wo-

durch der bloß bei Gelegenheit des Streites über das Eigenthum zur Sprache gekommene possessorische Punkt zur Entscheidung gebracht wird [2]; als eine besondere von der rei vindicatio getrennte Klage, wodurch die vorläufige gerichtliche Einweisung in den Besitz bis zur ausgemachten Sache bewirkt ward.

1) l. 35. D. de poss. (41, 2).

2) Theophilus a. a. O. sagt daher auch:

Καὶ πρότερον ἀρξάμενοι περὶ δεσποτείας, ἔλθωμεν εἰς τὸν λόγον περὶ τῆς νομῆς.

§. 124.

Die Gesetze haben dessen ungeachtet gewollt, daß hier die Bedingungen des interdictum uti possidetis als vorhanden angenommen werden sollen. Um den fraglichen Fall unter die Bedingungen dieses Interdicts subsumiren, behandelten sie denselben schon an und für sich so, als ob dabei Thätlichkeiten zu besorgen und zu verhüten wären; sie bestimmten vermöge dieser Fiction das interdictum uti possidetis als diejenige juristische Form, durch welche jene Ungewißheit des Besitzstandes gehoben werden solle [1].

1) Savigny (a. a. O. §. 36. S. 413—414, §. 37. S. 417—420) hat dies Alles ausführlich historisch entwickelt, worauf daher verwiesen wird.

§. 125.

Der gegenwärtige Fall, in welchem das interdictum uti possidetis zur Vorbereitung der Eigenthumsklage gebraucht wird, mag, practisch betrachtet, bei den Römern gerade der allerwichtigste und häufigste gewesen seyn, denn es wird in den Institutionen [1]), nach der vorausgeschickten allgemeinen Bemerkung:

> retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi

desselben gleich im Anfange erwähnt, und hinzugefügt:

> et quia longe commodius est (et potius) possidere, quam petere: ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione;

auch in dem Titel der Pandecten, welcher vom interdictum uti possidetis handelt, wird dieser Fall des streitigen Besitzstandes gleich anfänglich mit dargestellt [2]).

Betrachtet man indessen denselben mit Hinsicht auf die im Vorhergehenden entwickelte rechtliche Natur des interdictum uti possidetis überhaupt, so ist es ein besonderer Fall, welcher in den Worten des Edicts nicht enthalten (§. 117—121), und auch nur erst späterhin vermöge einer Fiction der Regel des Edicts subsumirt worden ist [3]).

1) Lib. 4. tit. 15. §. 4. Siehe zugleich Theophilus am nämlichen Orte.

2) l. 1. §. 3. D. uti poss. — Die im Codex vorkommende l. un. C. uti poss. bezieht sich ebenfalls lediglich auf diesen Fall.

3) Savigny a. a. O. §. 37. S. 419—420.

§. 126.

Aus dem eben Gesagten erhellet, daß diejenigen unläugbar das interdictum uti possidetis verkennen, welche aus diesem unter die Bedingungen desselben subsumirten besondern Falle die juristische Natur des Interdicts selbst ableiten wollen, indem sie behaupten, daß dies Rechtsmittel zu dem Behufe eingeführt worden sey, um durch vorläufige Untersuchung des Besitzstandes den Eigenthumsprozeß zu reguliren [1]).

1) Dies hat noch ganz neuerlich der Herr Hofrath Dr. du Roi (im Archiv für die civilistische Praxis 6ten Bandes 2tes Heft XIV.) behauptet.

Allein obgleich in den Institutionen und auch im Gajus das interd. uti poss. vornehmlich aus dem Gesichtspunkte der Regulirung des Eigenthumsprozesses betrachtet wird, so wird doch dadurch jene Behauptung nicht erwiesen, und das um so weniger, da die Natur der Sache und die übrigen in dieser Abhandlung angeführten Pandectenstellen darthun, daß nicht die Bestimmung des petitor und possessor bei der Eigenthumsklage, sondern der Schutz vor Besitzstörungen der hauptsächlichste und ursprüngliche Zweck des interd. uti poss. ist; es wird auch selbst in den Institutionen auf diese Allgemeinheit des Interdicts hingedeutet, da es im §. 1. J. de interd. heißt:

Prohibitoria sunt, quibus praetor vetat, aliquid fieri, veluti vim sine vitio possidenti.

Siehe auch Gaji inst. 4. §. 140. und Theophilus de interd. §. 1. — Schon die Worte in der Formel des Edicts:

neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam —

lassen keinen Zweifel übrig, daß der Prätor bei Anordnung des interd. uti poss. Besitzstörungen, als maleficia betrachtet, allerdings vor Augen hatte.

§. 127.

Ulpian [1]) lehrt vom interdictum uti possidetis:

hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. Fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit. Fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

Man nimmt gewöhnlich an, daß Ulpian dabei gerade den gegenwärtigen Fall vor Augen gehabt, und denselben als die Veranlassung zur Einführung des interdictum uti possidetis angegeben habe.

Allein jener Ausspruch des Ulpian ist wohl füglicher so zu erklären, daß dadurch das interdictum

uti possidetis in seiner Allgemeinheit begründet werden sollte; er wollte nämlich sagen:

„der Besitz müsse als ein abgesonderter für sich „bestehender factischer Zustand vom Eigenthume „unterschieden und geschützt werden, weswegen „auch der Prätor zur Einführung dieses Inter„dicts veranlaßt worden sey.“ 2) (§. 7—8).

Es möchte daher nicht einmal nöthig seyn, den Ulpian hierbei eines historischen Irrthums zu beschuldigen 3).

1) l. 1. §. 2. D. uti poss.

2) Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich auch aus der Zusammenstellung der in l. 1. D. uti poss. enthaltenen einzelnen Sätze:

l. 1. pr. und §. 1. beziehen sich offenbar auf das interd. uti poss. überhaupt; warum soll nun nicht auch der gleich nach diesen folgende §. 2. darauf Bezug haben?

Es muß der §. 2. um so mehr auf das Interdict überhaupt bezogen werden, da diese Beziehung auch mit den übrigen Stellen übereinstimmt. Nur erst im §. 3. wird nämlich des besondern Falles gedacht, von welchem hier die Rede ist, im §. 4. wird aber wieder mit den Bestimmungen im Allgemeinen fortgefahren: dieser §. 4. setzt also die Verbindung mit §. 2. fort.

3) Siehe hierüber Savigny a. a. O. §. 36. S. 413. n. 1., §. 37. S. 420. n. 1.

§. 128.

Wenn hier das interdictum uti possidetis als Vorbereitung und Einleitung zur Eigen-

thumsklage betrachtet wird, so verstehen wir unter der Eigenthumsklage nicht allein rei vindicatio, sondern auch actio publiciana: denn die letztere gründet sich keineswegs auf das bloße Factum des Besitzes, sie ist vielmehr eine dingliche Klage (actio petitoria), da derselbe Besitz, welcher die Usucapion begründet, als ein eigenes rechtliches Verhältniß vermittelst dieser Klage behandelt wird [r]).

r) l. 7. §. 6. D. de publ. in rem act. (6, 2), l. 3. §. 1. D. eod.
Die Gesetze unterscheiden:
causa possessionis —
causa usucapionis —
causa proprietatis —
(l. 2. §. 1. D. pr. emt. (41, 4), l. 1. §. 2. D. uti poss. (43, 17), l. 12. §. 1. D. de poss. (41, 2), l. 52. D. eod.). Die erste wird durch das interdictum uti possidetis und unde vi verfolgt, die zweite durch die actio publiciana, und die dritte durch die rei vindicatio; die beiden letztern Klagen werden zum Petitorium gerechnet.

§. 129.

Die Eigenthumsklage ist alsdann in Bezug auf das interdictum uti possidetis, das die eigentliche Rechtssache erst vorbereitet (praeparat causam), die quaestio principalis, beide Rechtsmittel stehen nach den Gesetzen in einer engen Verbindung — weswegen auch die Eigenthumsklage, welche der im interdictum uti possidetis Ueberwundene nachher anstellt, schlechterdings vor dem nämlichen Richter verhandelt werden

soll, vor welchem das interdictum uti possidetis erledigt worden war (ne causae continentia dividatur [1]).

1) l. 10. C. de judic. (3, 1), l. 13. C. de R. V. (3, 32).

§. 130.

Noch ist zu merken, daß das interdictum uti possidetis auch bei der actio finium regundorum als bloß vorbereitend und einleitend vorkommen kann.

Ist nämlich von einer Verwirrung der Gränzen die Rede, so sind die Parteien wegen des gegenwärtigen Besitzstandes entweder einig oder nicht; im letztern Falle soll vor allen Dingen quaestio possessionis entschieden, und alsdann erst zur quaestio finium geschritten werden, denn in l. 3. C. fin. reg. (3, 39) wird verordnet:

> si quis super sui juris locis prior de finibus detulerit querimoniam, quae proprietatis controversiae cohaeret, prius possessionis quaestio finiatur.

Diese vorläufige Besitzregulirung ist durchaus nöthig, theils um die Ruhe unter den Parteien herzustellen, und Thätlichkeiten unter denselben zu verhüten, theils um zu wissen, wer Klägers oder Beklagtens Stelle zu vertreten habe.

Das interdictum uti possidetis wird hier ebenfalls schon durch den **bloßen** Umstand:

daß die Parteien wegen des Besitzes in Ansehung der Gränzen uneinig sind

begründet; es ist nicht nöthig, daß schon wirklich Gewaltthätigkeiten vorgefallen waren, da diese fingirt werden.

Die actio finium regundorum, welche unläugbar zum Petitorium gehört, wird daher in diesem Falle durch das interdictum uti possidetis eben so präparirt, wie die Eigenthumsklage in dem vorher dargestellten Falle durch dies Interdict vorbereitet ward [1]).

1) Siehe auch Berger oeconom. jur. lib. 3. tit. 6. §. 4. n. 3, Schilter exerc. XX. §. 13., Leyser spec. 114. med. I., Glück Erläuter. der Pand. §. 717. Th. 10. S. 441, Schmidt von Klagen §. 1139. nebst Commentar, Westphal a. a. O. §. 320, Menochius de retin. poss. remed. III. n. 310.

§. 131.

Aus den Erörterungen in diesem Kapitel ergiebt sich, daß das interdictum uti possidetis, welches, statt der datio vindiciarum bei der legis actio, gebraucht ward, manches Besondere hatte. Denn

1) die Veranlassung desselben war: „cum de proprietate controversia sit et ante quaeratur, uter possideat et uter petere debeat;" es ward, ohne daß gerade Gewaltthätigkeiten vorge-

fallen waren, lediglich zur Bestimmung des possessor und petitor (des Beklagten und Klägers) bei der Eigenthumsklage zu diesem Rechtsmittel geschritten; das Erkenntniß, welches erfolgte, bestimmte: uter possideat?

2) hier war nicht, wie in den übrigen Fällen, jemand wegen Störung in seinem Besitze als Kläger aufgetreten; es fand vielmehr, als ein vorgängiges Verfahren bei der Vindication, bloß eine Untersuchung des Punktes Statt:

wer bei der Eigenthumsklage possessor und petitor seyn solle, und daher bis zur ausgemachten Sache vorläufig in den Besitz gerichtlich einzuweisen sey. —

Dies Verfahren war dem vormaligen Vindicationsverfahren nachgebildet worden: — man ging daher wohl gleichfalls von der Ansicht aus, daß dabei zwei Kläger vom Anfange an aufgetreten wären, und daß auf die Weise beim interdictum uti possidetis dieser Art der Satz:

daß beim Interdictverfahren dem vitiosus possessor der Besitz genommen wird

zum Besten beider Theile gelte, weil hier selbst in formeller Hinsicht beide Theile als Kläger angesehen würden [1]); — was auch Gajus zu bestätigen scheint [2]).

Um sich überhaupt vom interdictum uti possidetis, in soweit es bei dem Verfahren per formulas

die Stelle der sonstigen datio vindiciarum vertritt, einen gehörigen Begriff zu verschaffen, muß man immer den Gesichtspunkt festhalten, daß es von der legis actio her als etwas, das gar nicht anders seyn könne, angesehen ward, daß bei der actio in rem erst der petitor uno possessor (der Kläger und Beklagte) bestimmt, und dieser Punkt erst durch ein Erkenntniß festgesetzt werden müsse. [3]).

1) In den übrigen Fällen, wo in formeller Hinsicht ein bestimmter Kläger auftrat (§. 109.), mußte der Kläger beweisen, daß er zur Zeit der Störung und zur Zeit der Anstellung des Interdicts wirklich Besitzer war: der Satz, daß dem unechten Besitzer der Besitz abgenommen wird, gilt daher in jenen Fällen bloß zum Vortheil des Beklagten, nicht zum Vortheil des Klägers (§. 41. §. 42. §. 79. §. 109).

2) Gaji instit. 4. §. 166—168. nicht weniger Theophilus de interd. §. 4.

3) Man bezieht sich in dieser Hinsicht auf die Ausführungen des Herrn Hofraths du Roi a. a. O.

Wie dies Alles sich übrigens nachher in der deutschen Praxis modificirt hat, und der heutigen Gerichtsverfassung angepaßt worden ist, wird in der Folge gezeigt werden.

Fünftes Kapitel.

Ueber die Kraft und Wirkung des richterlichen Erkenntnisses im interdictum uti possidetis.

I. Worauf ist das Erkenntniß im interdictum uti possidetis insbesondere gerichtet? Nähere Betrachtung des provisorischen Rechtszustandes, welcher durch dasselbe hervorgebracht wird.

§. 132.

Derjenige, welcher im interdictum uti possidetis obsiegt, wird vor Beeinträchtigungen in seinem Besitze geschützt. Dies ist die vorzüglichste Wirkung dieses Interdicts:

> nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet — denique praetor possidenti vim fieri vetat [1]) —
>
> interdictum autem possessorem praedii tuetur [2]). —

Der richterliche Ausspruch ist daher besonders auf das Verbot fernerer Störungen, auf das „vim fieri veto,“ gerichtet.

Zuweilen kann zwar

> Regulirung des Prozesses über das Eigenthum durch die vorläufige Untersuchung des Besitzstandes

der nächste Zweck des Interdicts sein (§. 122—131); der entfernte Zweck desselben bleibt aber immer Sicherung des Besitzers vor Thätlichkeiten.

1) l. 1. §. 4. D. uti poss. (43, 17).

2) l. 1. §. 6. D. uti poss. (43, 17). Vergl. l. 1. pr. D. eodem und §. 1. J. de interd. (4, 15).

§. 133.

War durch die gegentheilige Anmaßung, welche als Störung angesehen ward, und das Interdict begründete, dem Besitzer Schaden verursacht worden, so muß der Richter den Störer noch außerdem zum Schadenersatze verurtheilen [1].

Bei der Bestimmung dieses Ersatzes kömmt alles dasjenige in Betracht, was der Besitzer durch jene Störung wirklich verloren hat, und zu erwerben verhindert worden ist; der Störer muß dem gestörten Besitzer das Interesse vergüten (id quod interest actoris vim possidenti factam non esse [2]).

1) l. 1. pr. D. uti poss.

2) l. 3. §. ult. D. uti poss.:

quanti res est, sic accipimus, quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere.

Vergl. l. 1. §. 31. §. 40. §. 41., l. 6. l. 19. D. de vi (43, 16), l. 4. C. unde vi (8, 4).

§. 134.

Wenn der Beklagte die Einrede der Unechtheit des gegentheiligen Besitzes beweist, und dadurch in gegen-

wärtigem Interdicte obsiegt, so tritt der besondere Fall ein, daß der Kläger gerade auf die Weise condemnirt wird, als ob er im interdictum de vi oder de precario überwunden worden wäre: denn diese Interdicte sind alsdann vom Beklagten in Form einer Einrede vorgebracht worden [1]) (§. 106).

1) Siehe Menochius a. a. O. n. 801.

§. 135.

Einige [1]) haben vorzüglich aus der l. un. C. uti poss. (8, 6) den Satz herleiten wollen:

> daß derjenige, gegen welchen das „vim fieri veto" ausgesprochen wird, noch außerdem sofort zur Leistung einer cautio de non amplius turbando verurtheilt werden müsse.

Davon ist aber in dem angeführten Gesetze durchaus nichts zu finden. Die in demselben enthaltenen Worte:

> ac satisdationis vel transferendae possessionis Edicti perpetui forma servata de proprietate cognoscet —

welche man auf eine solche Caution hat deuten wollen, betreffen bloß die Vindication, die dem im interdictum uti possidetis Ueberwundenen noch offen bleibt; sie beziehen sich nämlich auf die damals noch geltende (in den Institutionen aber aufgehobene) allgemeine Regel, nach welcher bei der Vindication in Gemäßheit der

alten Caution pro lite et vindiciis der possessor dem petitor entweder de judicato caviren, oder den Besitz abgeben mußte [2].

Eben so wenig ist aus andern Gesetzen eine solche Cautionsleistung herzuleiten [3]; diese reden bloß von dem richterlichen Ausspruche: „vim fieri veto," ohne dabei einer Cautionsbestellung von Seiten des Ueberwundenen zu gedenken.

Es ist daher augenscheinlich, daß eine Cautionsleistung der Art nirgends in den Gesetzen vorgeschrieben ist [4].

1) Gail l. 1. O. 116, Lauterbach Colleg. Lib. 43. tit. 17. §. 12.

2) Voet a. a. O. Lib. 43. tit. 17. §. 4., Savigny a. a. O. §. 38. S. 430, Wissenbach a. a. O. P. II. disp. XXIV. §. 9. S. 892, 893.

3) Leyser spec. 508. med. 15—16, Boehmer tract. de vero usu remed. poss. Cap. II. §. IX., Struv syntag. jur. civ. exerc. 45. §. 121., und daselbst Peter Müller.

4) Dagegen kann es nicht zweifelhaft seyn, daß der Richter die für nöthig erachteten Mittel anwenden muß, um seinem „vim fieri veto" Nachdruck zu verschaffen, daß derselbe daher nach der Lage der Sache dem Verurtheilten, von welchem eine fortgesetzte Störung zu befürchten ist, auch wohl Caution auferlegen kann. Siehe Savigny a. a. O. §. 38. S. 430.

Das preuß. Landr. Th. 1. Tit. 7. §. 151—153. enthält hinsichtlich dieses Gegenstandes Bestimmungen, welche ganz der Natur der Sache angemessen seyn möchten.

§. 136.

Wer übrigens bei Gelegenheit dieses Interdictes unterliegt, sey es nun der Kläger oder der Beklagte, kann noch in das Petitorium übergehen (§. 26). Dies folgt aus dem Wesen dieses Rechtsmittels; die Gesetze sagen dies aber auch noch mit ausdrücklichen Worten:

si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur [1]).

1) l. 14. §. fin. D. de except. rei jud. (44, 2).

§. 137.

Die Gesetze erwähnen zwar bloß der Eigenthumsklage als solcher, welche nach beendigtem interdictum uti possidetis vom Ueberwundenen noch zur Sprache gebracht werden kann; dies geschieht aber nur aus dem Grunde, weil diese Klage dabei gewöhnlich vorkam; es wird dadurch keineswegs jede andere Klage dem Besiegten abgesprochen.

Das Petitorium, welches dem Ueberwundenen noch übrig bleibt, kann daher zuweilen selbst in einer persönlichen Klage bestehen [1]). Wollte z. B. derjenige, welcher einem Andern den Besitz eines Grundstücks indebite überlassen hatte, diesen in seinem Besitze tur-

biren, so würde er unfehlbar im interdictum uti possidetis verurtheilt werden, da der Andre weder vi noch clam noch precario von ihm besitzt; dessen ungeachtet würde er aber nachher die condictio indebiti gegen den Besitzer anstellen können [2]. Der nämliche Fall würde eintreten, wenn derjenige, welcher aus einem Kaufe oder aus einem sonstigen Vertrage auf den Besitz eines Grundstücks Anspruch machen kann, den Besitzer dieses Grundstücks beunruhigte; er würde im interdictum uti possidetis unterliegen, nachher aber die Kaufsklage oder die sonstige Contractsklage gebrauchen können [3].

1) Der Ausdruck „Petitorium" wird hier in weiterer Bedeutung genommen; siehe Schmidt von Klagen §. 30—33. — Huber a. a. O. lib. 4. tit. 15. §. 10. sagt in dieser Beziehung mit Recht:

> Proinde commodum et jus possessionis in eo consistit, uti possessor rei insistat, quamdiu alius non fecit liquidum, sibi jus in ea re vel ad eam esse comparatum, cujus vi possessio debeat mutari. Hoc jus in Re et ad rem judicia facit petitoria, quibus cum possessoria opponantur, palam est, jura quoque, unde ea judicia nascuntur, esse distincta.

2) l. 15. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6).

3) arg. leg. 5. D. de poss. (41, 2), leg. 9. C. de adqu et retin. poss. (7, 32), leg. 33. D. de poss. (41, 2), leg. 1. §. 5. D. except. rei vend. (21, 3). Wernher T. 1. P. IV. obs. 250., Leyser a. a. O. spec. 207. medit. II. III.

§. 138.

Ob gleich durch den richterlichen Ausspruch im interdictum uti possidetis ein bloßer provisorischer Zustand bewirkt wird, weil das Petitorium immer noch offen bleibt, so folgt doch daraus keineswegs, daß dieser Ausspruch als bloße sententia interlocutoria anzusehen sey; dieser Ausspruch ist so wenig ein Beiurthel wie eine provisorische Verfügung [1]. Denn es wird durch denselben das rechtliche Verfahren, welches im interdictum uti possidetis Statt fand, völlig beendigt; es wird dadurch bestimmt, daß der Besitzer so lange zu schützen sey, bis daß der Andre sein Recht zum Besitze dargethan habe: es ist also jenes Erkenntniß ein Urtheil über die dermalige Hauptsache [2]. Dies leuchtet um so mehr ein, wenn man erwägt, daß der durch ein solches Erkenntniß hervorgebrachte provisorische Zustand in dem Falle, daß der gerichtliche Weg nicht weiter betreten wird, zufällig einem peremtorischen Zustande gleich gelten kann.

1) Streitigkeiten über einen provisorischen Zustand und provisorische Verfügungen sind wesentlich verschieden. Gönner Handbuch des gem. deutsch. Prozesses B. 4. LXXIX. § 4—7.

2) Siehe auch l. 35. D. de poss. (41, 2), l. 13. C. de R. V. (3, 32), l. 3. C. de interd. (8, 1); Menochius a. a. O. n. 839—842; Petr. Müllerus ad Struv a. a. O. L. 43. Tit. 17. th. 121. n. β.

II. Ob und in wiefern gegen das im interdictum uti possidetis gefällte Erkenntniß Appellation Statt findet?

§. 139.

Es bietet sich hiebei noch folgende Frage dar:

Kann von der im interdictum uti possidetis gefällten Sentenz nach römischem Rechte appellirt werden?

Man wird versuchen, diese Frage gehörig zu erörtern.

§. 140.

Wir finden im römischen Rechte die entscheidende Stelle:

cum de possessione et ejus momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortitur effectum [1]).

Einige [2]) beziehen dies Gesetz nicht auf das interdictum uti possidetis, und behaupten daher, daß dabei mit voller Wirkung (mit Suspensiv- und Devolutiv-Effect) appellirt werden könne; sie meinen, jenes Gesetz rede bloß vom interdictum unde vi, nur bei diesem sey alle Appellation (selbst mit bloßem Devolutiv-Effect) ausgeschlossen worden.

Andere [3]) erklären das fragliche Gesetz auf die Weise, daß dasselbe sich sowohl auf das interdictum uti

possidetis als auf das interdictum de vi beziehe, daß folglich auch bei dem erstern keine Appellation, selbst nicht einmal mit Devolutiv-Effect, Statt finde, und daß also demjenigen, welcher im interdictum uti possidetis überwunden sey, nichts weiter übrig bleibe, als zum Petitorium überzugehen.

Die Wahrheit liegt, wie gewöhnlich, auch wohl hier in der Mitte.

1) l. un. C. si de moment. poss. fuerit appell. (7, 69).

2) J. H. Boehmer in der angeführten Dissertation Cap. I. §. VIII. §. IX.

3) Huber prael. ad J. tit. de interd. n. 9. et ad D. tit. uti poss. in fine. Dies behauptet auch Hubers Lehrer, Wissenbach a. a. O. P. II. disp. 24. §. 7 und §. 8. P. II. disp. 19. §. 18.

§. 141.

Die angeführte Lex unica umfaßt nämlich allerdings auch das interdictum uti possidetis, denn unter die in diesem Gesetze aufgestellte Bedingung:

> cum de possessione et ejus momento causa dicitur

und unter die Rubric:

> si de momentanea possessione fuerit appellatum

ist das interdictum uti possidetis eben so wie das interdictum unde vi zu subsumiren, da bei beiden auf das Alter des Besitzes nichts ankömmt, sondern bloß

auf den letzten ruhigen Besitzstand gesehen wird, folglich in beiden de possessione et ejus momento, de momentanea possessione, die Rede ist (§. 9).

Daß das fragliche Gesetz von diesen beiden Rechtsmitteln handelt, muß um so mehr angenommen werden, da beide Rechtsmittel ganz homogen, und dazu bestimmt sind, dem Besitzer wegen eigenmächtiger Verletzungen seines Besitzes die Staatshülfe zukommen zu lassen (§. 29); sie werden in den Gesetzen ausdrücklich zusammengestellt [1]), und unterscheiden sich, wie Ulpian [2]) sagt, bloß darin:

> illud (interdictum de vi) enim restituit vi amissam possessionem; hoc (interdictum uti possidetis) tuetur, ne amittatur possessio; illud quidem interdictum oppugnat possessorem, hoc tuetur.

1) Auch in l. un. C. ubi de poss. agi oport. (3, 16) ist von diesen beiden Rechtsmitteln die Rede, was weiter unten gezeigt werden wird.

2) l. 1. §. 4. D. uti poss. (41, 17).

§. 142.

Ist nach dem vorhergehenden §. ausgemacht, daß die fragliche lex unica auch auf das interdictum uti possidetis Bezug hat, so kömmt es nur noch darauf an:

> wie der in diesem Gesetze gebrauchte Ausdruck „tamen lata sententia sortitur effectum“ auszulegen ist?

Unmöglich kann damit gesagt seyn, daß in dem gedachten Falle gar keine Appellation Statt finde.

Das Gesetz spricht ja bloß vom Effect der Appellation: man kann also aus demselben nicht die völlige Inappellabilität des Urtheils herleiten, und zwar um so weniger, da die Gesetze in denjenigen Fällen, in welchen sie die Appellation für ganz unzulässig erklären, sich ganz anders ausdrücken [1]). — Die Worte:

„tamen lata sententia sortitur effectum"

sollen daher nichts weiter andeuten, als daß die Appellation in diesem Falle nur keine Suspensiv-Kraft habe; es ist dadurch keineswegs die Appellation ganz und gar abgesprochen.

Diese Auslegung wird auch dadurch unterstützt: den in der fraglichen L. unica enthaltenen Worten

„etsi appellatio interposita fuerit, tamen
„lata sententia sortitur effectum"

sind im Theodosianischen Codex (eod. tit.) ausdrücklich die Worte beigefügt

„atque ita demum ad nostram
„scientiam referatur" —

so daß, da diese Worte mit jener Interpretation ganz übereinstimmen, in Gemäßheit hermeneutischer Regeln [2]) um so mehr angenommen werden muß, daß nach dem in Frage stehenden Gesetze die Appellation, ob sie gleich keine Suspensiv-Kraft hat, doch devolutiven Ef-

fect haben soll; die Sache soll dessen ungeachtet an den Oberrichter gebracht, und von diesem untersucht werden, ob das Erkenntniß den Rechten nach bestehen kann oder nicht?

1) Tit. Pand. a quib. appellare licet vel non (49, 2). Tit. Pand. de appell. recip. vel non (49, 5). Tit. Cod. quor. appell. non recip. (7, 65).

2) Thibaut Theorie der logisch. Ausleg. §. 40—41.

§. 143.

Es muß demnach l. un. C. si de moment. poss. fuerit appell. so interpretirt werden:

daß nach römischem Rechte sowohl beim interdictum uti possidetis als auch beim interdictum de vi die Appellation zwar nicht unzulässig ist, doch aber bloße Devolutiv-Kraft hat [1]).

Diese Interpretation hat überdies die Billigkeit für sich, denn dadurch, daß die Appellation nicht für ganz unzulässig erklärt ist, wird der Verurtheilte der Willkühr des Unterrichters überhoben; sie hat aber auch die Natur der Sache für sich, denn einer solchen Appellation Suspensiv-Effect einräumen, würde mit dem Principe nicht bestehen, nach welchem Gewaltthätigkeiten ohne Anstand verhütet werden sollen, und die Geburt derselben ohne Anstand zu vernichten ist.

Die hier aufgestellte und vertheidigte Interpretation empfiehlt sich daher auch dadurch, daß ihr die

Billigkeit und die Natur der Sache zur Seite stehen: die Gesetze verordnen ausdrücklich, daß im Zweifel die mildeste und billigste Wortbedeutung angenommen werden soll, und daß im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, welche am mehrsten mit der Natur des gesetzlichen Gegenstandes übereinstimmt [2]).

1) Dieser Auslegung stimmen auch bei: Brunnemann Comm. in Cod. ad h. l. n. 5. (7, 69); Berger elect. proc. poss. §. 43; Oberlaenderus dissert. (praeside Bruckner) de remediis contra sentent. in judic. poss. latam Cap. III. §. VIII. Jen. 1715; Roitzsh dissert. (praeside Stryk) de appellat. non suspens. in poss. summariiss. Halae 1706. Cap. I. §. VII. Cap. III. §. XXII. §. XXIV. Siehe auch Menochius a. a. O. n. 843.

Das Wegfallen der Suspensiv-Kraft bezieht sich aber wohl bloß auf den Punkt des vom Richter regulirten Besitzstandes: dahin deutet der Ausdruck „cum de possessione et ejus momento causa dicitur" welcher hier strict zu nehmen ist. Es findet daher wegen andrer Punkte, z. B. wegen gefoderten Ersatzes des aus der Störung verursachten Schadens, Appellation mit Suspensiv-Kraft wohl allerdings Statt. Berger a. a. O. §. 45; Wernher a. a. O. P. 11. obs. 387. —

2) l. 56. D. de R. J., l. 67. D. eod., l. 10. §. 1. D. reb. dub. u. a. m. Thibaut Theorie der log. Ausleg. S. 51—55. (2te Ausgabe).

§. 144.

J. H. Böhmer [1]) behauptet:

„daß Appellationen mit bloßem Devo-„lutiv-Effecte dem römischem Rechte ganz

„unbekannt wären, und daß also auch im ge„genwärtigen Falle keine Appellation mit blo„ßem Devolutiv-Effecte angenommen wer„den könne.“

Zur Unterstützung dieser Behauptung führt er an:

daß der Richter die Sentenz, wegen welcher Appellation eingelegt sey, nicht vollziehen dürfe, und daß die Appellation der Natur der Sache nach Suspensiv-Kraft habe.

Dies beweist aber nichts weiter, als daß Appellationen in der Regel Suspensiv-Kraft haben; es wird dadurch keineswegs dargethan, daß durch l. un. C. si de mom. poss. etc. nicht eine durch die Natur der Sache gebotene Ausnahme von dieser Regel gemacht worden sey 2).

1) In der angef. Dissert. Cap. 1. §. 9.

2) Von Almendingen in seiner Metaphysic des Civil-Prozesses N. VI. S. 71—100 (Ausgabe von 1819) behauptet, daß eine Appellation mit bloßem Devolutiv-Effecte einen Widerspruch im Beisatze enthalte, daß also auch die lex unica solche nicht verordne, weil nach diesem Gesetze gar keine Appellation statthaft sey.

Doch giebt von Almendingen selbst zu, daß bei der Appellation die Vollziehung des Erkenntnisses erster Instanz vom Oberrichter vorläufig und bis zur näheren Untersuchung verfügt, mit andern Worten der Appellation bloßer devolutiver Effect gegeben werden könne. — So ist aber selbst nach Almendingen die Appellation mit bloßer Devolutiv-Wirkung allerdings denkbar; der Begriff davon enthält

nach dieser seiner eigenen Aufstellung keineswegs eine contradictio in adjecto.

Wer kann auch läugnen, daß der Gesetzgeber gute Gründe haben kann, für gewisse Fälle im Voraus anzuordnen, daß die Vollstreckung des Erkenntnisses erster Instanz durch die Appellation nicht gehemmt werde, mit andern Worten, daß die Appellation bloßen Devolutiv-Effect haben solle? Wer kann läugnen, daß eine solche Anordnung gerade für den Fall des regulirten Besitzstandes sehr passend war?

Gönner in seinem Entwurfe einer Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren 2ter Band 3te Abth. S. 640 sagt daher auch mit Recht:

„Rechtsmittel gegen Erkenntnisse über den jüngsten Besitz „zuzulassen, halte ich für nothwendig, denn auch hier sind „Rechte im Spiele, für welche gegen nachtheilige Er„kenntnisse eine Vertheidigung bei dem höhern Richter „nicht versagt werden kann. Auch schon das kanonische „Recht und ein unbestrittener Gerichtsbrauch hat die Ap„pellation von jeher zugelassen; nur muß sie be„schränkt und ohne Suspensiv-Kraft seyn, „um den Zweck dieser Prozeßart nicht zu ver„eiteln."

III. Kann derjenige, welcher im interd. uti possid. obgesiegt hatte, dessen ungeachtet, wenn er nachher im Petitorium unterliegt, als Besitzer im bösen Glauben verurtheilt werden?

§. 145.

Es ist eine gewöhnliche Behauptung der Rechtslehrer:

daß derjenige, welcher im interd. uti possid. obgesiegt hatte, nachher aber mit der Eigenthumsklage belangt wird, und dabei unterliegt, bloß deswegen, weil er vorher im interd. uti possid. geschützt worden war, in Ansehung der Restitution der Früchte bis zum Zeitpunkte des entstandenen petitorischen Prozesses schlechterdings als ein Besitzer im guten Glauben beurtheilt werden müsse.

Sie gehen dabei besonders von dem Gesichtspunkte aus, daß die Rechtskraft des Erkenntnisses, welches den Besitzer (und jetzigen Beklagten) vorher geschützt hatte, demselben in der Art zur Seite stehe, daß er nur von der Zeit des entstandenen petitorischen Prozesses an, civiliter als m. f. possessor anzusehen sey, daher zur Ausantwortung derjenigen Früchte, welche er vor der im petitorio erfolgten Einlassung schon consumirt hatte, auf keinen Fall angehalten werden könne [1].

1) Lauterbach a. a. O. Lib. 41. Tit. 1. §. 115—116., Voet a. a. O. im Titel de adqu. rer. dom. §. 31., desgleichen Jumpelt D. (sub praeside Streits) de eo quod justum est circ. restit. fruct. quoad eum qui vicit in poss. Erford. 17?3, wo diese Behauptung vertheidigt wird (§. XXXI—XXXIII).

Einige gehen sogar so weit, zu behaupten:

daß auf den Sieger im possessorio nicht einmal die gesetzliche Vorschrift anwendbar sey, nach welcher jeder Besitzer, selbst der Besitzer im guten Glauben, durch

die Einlassung civiliter in einem m. f. possessor umgeschaffen wird. Stryk (U. M. D. §. 6. uti poss.) hat diejenigen Rechtslehrer angeführt, welche diese Meinung aufgestellt haben.

§. 146.

Diese Behauptung beruhet ihrer Allgemeinheit ungeachtet keineswegs auf zureichenden Gründen.

Der Sieger im interd. uti poss. hatte ja nach der bisher entwickelten rechtlichen Natur dieses Interdictes bloß gegen Störungen in seinem Besitze Schutz erhalten, dem Besiegten war unbenommen, sein Recht im vollen Maaße auszuführen: mit dem Streite über das Recht zum Besitze beginnt folglich unter den Parteien eine neue Epoche, wobei die in den Gesetzen enthaltenen Vorschriften über die Verbindlichkeit zum Ersatze der Früchte eben so wie in jedem andern Falle zur Anwendung kommen müssen.

Die Gründe, welche die Gegner zur Unterstützung ihrer Behauptung anführen, sind auch leicht zu widerlegen. Dieselben stützen sich besonders darauf:

daß derjenige, welcher im interd. uti poss. obgesiegt hat, schon an und für sich dadurch für einen Besitzer im guten Glauben erklärt seyn soll;

was durchaus nicht der Fall ist. Denn im interd. uti poss. wird nur das Daseyn und unter gewissen Umständen die Echtheit des Besitzes untersucht, es kömmt dabei nicht in Betracht, ob der Besitz mit Hinsicht auf

die Usucapion fehlerhaft sey oder nicht, ob der Besitzer im guten oder bösen Glauben besitze (§. 9. §. 68. §. 77.): derjenige also, welcher im interd. uti poss. Schutz erhält, wird dadurch keineswegs geradezu für einen Besitzer im guten Glauben erklärt; der Punkt, in wiefern derselbe als possess. b. vel m. f. anzusehen sey, wird vielmehr für die weitere Untersuchung im Petitorium vorbehalten. — Die Gegner berufen sich auch wohl überdies auf den in l. 11. D. de poss. (41, 2) enthaltenen Ausspruch:

— juste possidet, qui auctore praetore possidet —

welcher indessen ganz und gar nicht hieher gehört; dieses Gesetz bezieht sich auf die besondere Form des römischen Prozesses, die missio in possessionem [1]), es kann also nicht auf den gegenwärtigen ganz verschiedenen Fall angewandt werden.

1) Westphal a. a. O. §. 60—61.

§. 147.

Derjenige, welcher im interd. uti poss. Sieger gewesen ist, wird daher bloß deswegen von der Verbindlichkeit nicht frei, dem Besiegten, wenn dieser nachher im petitorio gewinnt, wegen der gezogenen Nutzungen nach den in den übrigen Fällen eintretenden gesetzlichen Bestimmungen Ersatz zu leisten. Er hat nicht mehr Rechte als jeder andre Besitzer, die Vermuthung

eines b. f. possessor steht ihm nur so lange zur Seite, als im petitorio nicht das Gegentheil erwiesen worden ist; findet sich dabei, daß er im bösen Glauben war, so muß er eben so wie jeder Andre als possessor m. f. behandelt und verurtheilt werden [1]); er kann keineswegs sich darauf berufen, daß er bis zur Einlassung auf die Petitorienklage schlechterdings als b. f. possessor zu betrachten sey. —

Die oben aufgestellte Frage ist demnach bejahungsweise zu beantworten.

1) Ueber das, wozu der m. f. possessor verbunden ist, siehe Schweppe a. a. O. §. 271., Thibaut a. a. O. §. 568.

§. 148.

Die falsche Ansicht, nach welcher der Sieger im interd. uti poss. durch das ihn schützende Erkenntniß stillschweigend für einen Besitzer im guten Glauben erklärt seyn soll, von welcher auch selbst Schmidt [1]) ausgegangen ist, mag besonders dadurch entstanden seyn, daß man so argumentirte:

> Wer vi oder clam oder precario besitzt, besitzt im bösen Glauben, wer also nicht vi oder clam oder precario besitzt, mithin im interd. uti poss. Sieger bleibt, ist possessor bonae fidei [2]).

Diese Argumentation ist offenbar falsch: denn es kann jemand, ob er gleich nicht vi, clam vel precario

besitzt, dennoch in mala fide besitzen (§. 66.), so daß sich hier keineswegs von der Negation des Grundes auf die Negation der Folge schließen läßt.

Der hiebei Statt findende eigenthümliche trügende Schein ward besonders dadurch unterhalten:

daß die Begriffe von possessio vitiosa (injusta) [unechtem Besitze] und von possessio non vitiosa (justa) [echtem Besitze] nicht festgestellt waren, und daß die Begriffe „mangelhafter Besitz mit Hinsicht auf die Erlangung des Besitzes" (unechter Besitz), und „mangelhafter Besitz mit Hinsicht auf die Verjährung" nicht gehörig unterschieden wurden, und so Dunkelheit und Verworrenheit der Begriffe, folglich auch Unrichtigkeit der Urtheile und Schlüsse entstehen mußte.

Das Räsonnement der Gegner beruhet also auf einem Paralogismus, dessen Schein bei einiger Aufmerksamkeit auf die Gesetze des Denkens und auf die bisher entwickelten gesetzlichen Vorschriften sofort verschwindet. —

Derjenige z. B., welcher wissentlich von einem Nichteigenthümer ein fremdes Grundstück gekauft und überliefert erhalten hat, ist ein echter Besitzer; er muß im interd. uti poss. gegen Jeden geschützt werden, weil er den Besitz durch Ueberlieferung, also nicht auf unechte Weise, erlangt hat (§. 75. §. 77). Wer wollte aber läugnen, daß der Besitzer in diesem

Falle offenbar ein possessor malae fidei ist, und daß gegen denselben, ob er gleich im interd. uti poss. geschützt worden war, hienächst rei vindicatio oder actio publiciana mit voller Wirkung angestellt werden kann?

1) Abhandl. verschiedener practischer Rechtsmater. B. 2. VII. §. 2.

2) So schließt namentlich Berger in oeconom. jur. Lib. II. tit. 6. §. 3. n. 4, indem er daselbst sagt:

jure Romano ut interdicto uti possidetis locus sit, contra eum a quo quis possidet, praerequiritur possessio, eaque cum bona fide, id est exclusione vitii, puta violentiae, clandestinitatis et precarii, conjuncta —

was er in den electis process. poss. th. 22. so ausdrückt:

jure quidem civili toties oportet possessionem bona fide, id est exclusione vitii conjunctam esse, quotiens interdicto contra eum a quo quis possidet, agitur.

Siehe auch Voet a. a. O. im Titel de adquir. rer. dom. n. 31; desgleichen sagt Hommel Rhaps. obs. 178 n. 1.:

„Id in interdictis Romanis se quidem aliter habet, ubi „possessor in bona fide esse debet.“

Sechstes Kapitel.

Verschiedene noch hieher gehörige Erörterungen.

§. 149.

So sehr man sich bei der wissenschaftlichen Bearbeitung eines Gegenstandes zu hüten hat, etwas Fremdartiges in die Untersuchung einzumischen; eben so sehr muß man auf seiner Hut seyn, etwas aus der Sphäre desselben unerörtert und unerklärt liegen zu lassen. Daher enthält dieses Kapitel noch verschiedene Erörterungen, welche zur Darstellung des interd. uti poss. gehören möchten.

I. Ueber den Gerichtsstand, wo das interdictum uti possidetis anzustellen ist.

§. 150.

Einige nehmen an, daß das interd. uti poss. sowohl vor dem Richter der gelegenen Sache, als auch vor dem Richter des Wohnorts des Störers angebracht werden könne [1]).

Die richtige Meinung ist indessen nach dem römischen Rechte die, daß dies Interdict ganz allein vor das forum rei sitae gehört; was sich aus Folgendem ergeben wird:

1) Siehe Pfotenhauer Abhandlung über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen, §. 15., und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

§. 151.

In l. unica C. ubi de poss. ag. (3, 16) wird verordnet:

> ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est: ibi loci judicium adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit judicare.

Diese Verordnung bezieht sich nicht allein auf das interdictum unde vi, sondern auch auf das interdictum uti possidetis, da in derselben ganz allgemein von demjenigen, qui possessionem turbavit, die Rede ist, da auch die Rubric des Titels „ubi de possessione agi oporteat" ganz allgemein lautet, und überdies die Homogeneität des interdictum unde vi und des interdictum uti possidetis dafür spricht, daß das Gesetz diese beiden Rechtsmittel vor Augen hat [1]) (§. 141). — Steht dies fest, so frägt sich nur noch, wie die Worte:

> ibi loci judicium adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit judicare

auszulegen sind? — Diese müssen nun aber offenbar so interpretirt werden:

> daß das interd. uti possid. eben so wie das interd. de vi schlechterdings vor dem Gerichte des Ortes (in loci judicio) angestellt, also vor demjenigen Richter, welcher über das

Grundstück, dessen Besitz gestört ward, die Gerichtsbarkeit hat, schlechterdings angebracht werden soll.

Denn das „convenit judicare" schließt jedes andre Forum, welches nicht loci judicium ist, auf jeden Fall aus; dasselbe deutet klar und deutlich an, daß es nicht etwa von der Willkühr des Klägers abhängt, zwischen dem forum domicilii und forum rei sitae zu wählen, sondern daß der Kläger durchaus verbunden ist, in loci judicio zu klagen — was auch schon die Rubric des Titels „ubi de possessione agi oporteat" ankündigt.

Diejenigen Rechtslehrer, welche zugleich das forum domicilii zulassen, gehen besonders von der Ansicht aus:

„da das forum domicilii ein forum generale „sey, so müsse es auch hier neben dem forum rei „sitae Statt finden" [2].

Dem steht aber entgegen, daß das forum domicilii oder vielmehr der persönliche allgemeine Gerichtsstand nur in so weit ein forum generale ist, als die Gesetze in Betreff dieses Punkts keine Ausnahme gemacht haben: läßt sich also, wie hier der Fall ist, darthun, daß die Gesetze das interdictum uti possidetis durchaus vor das forum rei sitae gewiesen haben, so kann jene Regel nicht mehr zur Anwendung kommen [3].

1) Siehe auch Donellus a. a. O. lib. 17. cap. 17., welcher in dieser Hinsicht unter andern anführt: de recuperanda et retinenda possessione scripta est l. unica C. ubi de poss. ag. etc.

2) So scheint J. H. Böhmer in der angeführten Dissertation Cap. I. §. IV. zu schließen.

3) Damit stimmen auch überein: Donellus a. a. O. cap. 17., Struv syntag. jur. civ. exerc. IX. th. 50, Westphal a. a. O. §. 213., Cocceji jus controv. lib. V. tit. I. qu. XI., Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrb. von den Klagen §. 171., Menochius a. a. O. n. 316. 317. 318. 319.; siehe besonders Glück Erläuter. der Pand. Th. 6. 1ste Abth. §. 515. S. 291, Hufland Lehrb. des Civilr. (Giessen 1814) §. 1486. §. 1490.

§. 152.

Die hier angenommene und vertheidigte Meynung, nach welcher das interd. uti possid. lediglich vor den Richter der gelegenen Sache gehört, fließt auch aus dem rechtlichen Wesen dieses Interdicts. Denn dies interdictum gründet sich auf ein Delict (§. 25), und Rechtsmittel der Art müssen nach dem römischen Rechte durchaus bei dem Richter des Orts, wo das Delict vorgefallen ist, angebracht werden [1]; nun ist aber im gegenwärtigen Falle derjenige Richter, welcher über das Grundstück, dessen Besitz gestört ward, die Gerichtsbarkeit ausübt (judex rei sitae), auch zugleich der Richter des Ortes, wo das Delict vorfiel, da die Besitzstörung ja eben als ein maleficium betrachtet wird [2]: es leuchtet also von selbst ein, daß auch in dieser Hin-

sicht das forum rei sitae einzig und allein als competent erscheint [3]).

1) Danz Grunds. des gem. ordentl. bürgerl. Prozesses §. 28. — Lehrb. des deutschen gem. bürgerl. Prozesses von Martin §. 49. (6te Aufl.). Huber a. a. O. P. 2. L. 5. Tit. 1. §. 52. a. E.

2) In dem Falle, welchen Menochius a. a. O. n. 320. anführt, in welchem judex ubi vis facta von dem judex rei sitae unterschieden seyn soll, wird bloß wegen Gewaltthätigkeiten, nicht wegen eigentlicher Besitzstörung, geklagt: derselbe gehört also nicht hieher, da Besitzstörung und bloße vis personae facta zwei ganz verschiedene Dinge sind (§. 35. dieser Abh.).

3) Huber a. a. O. §. 52. a. E.

§. 153.

Es ist außerdem der Natur der Sache ganz gemäß, daß derjenige Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit das Grundstück liegt, ausschließlich dafür zu sorgen hat, daß der Besitzer in der ruhigen Benutzung desselben nicht gestört werde, besonders weil nur er eigentlich im Stande ist, den dem Besitzer gebührenden Schutz gehörig zu leisten, das interdictum uti possidetis also nur eigentlich im Gerichtsstande der gelegenen Sache mit Wirkung angestellt werden kann, so daß dabei, daß das Interdict in diesem Forum verhandelt werde, nicht bloß der Kläger, sondern auch der Beklagte wegen der Duplicität des Interdicts interessirt ist, nicht weniger aber der

Staat selbst, welchem an der nachdrücklichen Aufrecht-erhaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit so äußerst viel gelegen seyn muß.

Die hier aufgestellte Behauptung fließt daher nicht nur aus einer richtigen grammatischen Interpretation, sondern sie stimmt auch überdies mit den Resultaten der logischen Auslegung völlig überein [1].

1) Siehe auch Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden 2tes und 3tes Stück II., desgleichen Gönner in dem bereits oben angeführten Entwurfe (B. 2. S. 120), welcher die possessorischen Klagen nicht weniger schlechterdings vor das forum rei sitae gewiesen hat.

Daß übrigens l. 2. C. de interd. (8, 2) den hier entwickelten Ansichten nicht entgegen steht, ist schon von Justus Henning Böhmer (dissert. alleg. Cap. 1. §. IV.) und von Ulrich Huber (a. a. O. P. 2. Lib. 5. Tit. 1. §. 52.) hinlänglich gezeigt worden.

II. Ueber die Verhandlung des interdictum uti possidetis und der Petitorienklage in abgesonderten Prozessen.

§. 154.

Da das interd. uti poss. seinem Wesen nach darauf gerichtet ist, daß der Besitzer gegen Störungen in seinem Besitze geschützt, und der Störer zum ordentlichen Rechtswege verwiesen werde, so folgt von selbst, daß eine Cumulation dieses Interdicts mit der Petitorienklage, mit andern Worten, eine gleichzeitige

rechtliche Verhandlung und Entscheidung beider ganz unstatthaft ist [1]). Besonders in dem Falle, in welchem das interd. uti possid. als Vorbereitung und Einleitung zur Eigenthumsklage erscheint (§. 122—131), würde es einen offenbaren Widerspruch enthalten, eine solche Cumulation zuzulassen: denn da soll ja vor allen Dingen erst der Besitzstand regulirt werden, damit bestimmt werden kann, wer im petitorischen Prozesse als Kläger und Beklagter auftreten muß.

Das interd. uti possid. und die Petitorienklage sind daher als actiones contrariae zu betrachten, und als solche in besonderen Prozessen zu verhandeln [2]).

1) Böhmer in der angeführten Dissertation Cap. 1. §. X. Derselbe jus eccles. Lib. II. Tit. 12. §. 1—4. Gönner a. a. O. B. 4. LXXXI. §. 4. Pfotenhauer Abhandlung über das gerichtliche Verfahren, in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen §. 28.

Da die Unzulässigkeit der Cumulation sich schon aus der Natur der Sache selbst ergiebt, so enthalten auch die römischen Gesetze deshalb nicht einmal eine ausdrückliche Vorschrift.

2) arg. leg. 43. §. 1. D. de reg. jur. (50, 17), leg. 6. D. de except. rei judic. (44, 2), leg. 1. C. de furt. (6, 2), leg. 16. C. de inoff. test. (3, 28).

Die deutsche Gerichtspraxis läßt indessen eine Cumulation des interdictum retin. poss. mit dem Petitorium zu, wenn der Kläger das Petitum alternativ einrichtet, etwa auf die Weise: „man solle ihn entweder in dem Besitze schützen, oder im Falle, daß er nicht im Besitze geschützt

werden könnte, doch den Beklagten im Petitorium verurtheilen;" siehe Pfotenhauer a. a. O. §. 28.

§. 155.

Merkwürdig ist hiebei folgende Vorschrift des römischen Rechts:

Ulpian [1]) sagt:

nihil commune habet proprietas cum possessione. Et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicavit.

Derjenige also, welcher in dem Falle war, das interd. uti possid. anstellen zu können, statt dieses possessorischen Rechtsmittels aber die Eigenthumsklage angestellt hat, kann diese immer wieder fallen lassen, und noch zum interd. uti possid. greifen; wer auf diese Weise mit der Eigenthumsklage schon aufgetreten war (qui coepit rem vindicare), soll nicht so angesehen werden, als ob er durch die Anstellung dieser Klage seinem Besitze entsagt, und dem Gegentheile den Besitz zugestanden habe [2]).

Doch ist das Abspringen vom Petitorium zum Possessorium nur so lange statthaft, als die petitorische Streitsache noch pendent, also noch nicht beschlossen war [3]).

1) l. 12. §. 1. D. de poss. (41, 2).

2) Die nähere Erörterung dieser gesetzlichen Vorschrift findet sich in Glück a. a. O. Th. 8. §. 584. S. 138—141, siehe auch Savigny a. a. O. §. 7. S. 39, §. 32. S. 376, §. 36. S. 414, Westphal a. a. O. §. 212, besonders aber du Roi (Archiv für die civ. Praxis 6ter Bd. 2tes Heft S. 267).

Das nämliche Verhältniß findet übrigens auch zwischen der Eigenthumsklage und dem interdicto de vi Statt: derjenige, welcher die Eigenthumsklage angestellt hat, ob er gleich in dem Falle war, das interdictum de vi gebrauchen zu können, kann die erste ebenfalls wieder fallen lassen, und noch zu dem letzten seine Zuflucht nehmen: l. 18. §. 1. D. de vi (43, 16), Boehmer jus eccles. Tom. 1. Lib. II. Tit. 12. §. 3.

3) Böhmer angef. Dissertat. cap. 1. §. 10.

III. In wiefern geht das interdictum uti possidetis active oder passive auf den Erben?

§. 156.

Die erste Frage ist die:

geht das interdictum uti possidetis active auf den Erben über?

Wir wollen diese Frage in einem Beispiele darstellen: Der Erblasser hatte ein gewisses Grundstück eigenthümlich besessen; er war im Besitze desselben gestört worden, so daß ihm das interdictum uti possidetis zustand; vor Anstellung dieses Interdicts war er aber mit Tode abgegangen, es frägt sich also:

kann dies Interdict nun noch von seinem Erben angestellt werden?

§. 157.

Das römische Recht stellt folgende Rechtssätze auf: alle Rechte, in sofern sie zum Vermögen gehören, gehen durch den Antritt der Erbschaft unmittelbar auf den Erben über, aber nicht der Besitz, weil dieser in der Detention cum animo domini beruht, folglich, wenn diese beiden Merkmale mit dem Tode des Erblassers aufhören, von selbst wegfällt, so daß vom Erben erst wieder ein neuer Besitz erlangt werden muß [1].

1) l. 37. D. de adquir. hered. (29, 2), l. 23. pr. D. de poss. (41, 2), l. 30. §. 5. D. eod., l. 1. §. 15. D. si is, qui test. liber. (47, 4). Savigny a. a. O. §. 28. S. 330, §. 5. S. 26.

Mit diesen Grundsätzen stimmt es auch ganz überein, daß derjenige, welcher aus der Gefangenschaft zurückkehrt, und alle Rechte wieder erhält, doch den verlornen Besitz ohne neue Apprehension nicht wieder erlangt. (l. 19. D. ex quib. caus. maj. (4, 6), l. 12. §. 2. D. de capt. et postl. (49, 15).

§. 158.

Wendet man diese Rechtssätze auf den im §. 156. aufgestellten Fall an, so ergiebt sich:

Der Besitz des Erblassers in Betreff des fraglichen Grundstückes hatte mit dem Tode desselben aufgehört, so daß der Erbe erst wieder einen neuen Besitz erlangen mußte (nicht die possessio sondern nur das Recht, den Besitz zu ergreifen, oder den etwa schon von einem Andern ergriffenen Besitz rechtlich zu verfolgen, war auf diesen übergegangen): es kann also vom Schutze jenes weggefallenen factischen Zustandes, mithin auch von einem interdictum uti possidetis zu diesem Behufe, nicht mehr die Rede seyn.

Hieraus folgt weiter, daß, obgleich der Erbe den Besitz des fraglichen Grundstücks nach dem Tode des Erblassers wirklich ergriffen hat, ihm deshalb doch immer nicht das seinem Erblasser erwachsene interdict. uti possid. zukömmt. Denn der Erbe kann in solchem Falle nur wegen Störung in seinem Besitze sich des interd. uti poss. bedienen; der Besitz des Erblassers und sein Besitz sind, als bloße Facta betrachtet, ganz verschiedene Dinge [1]), er kann daher die Störung, welche dem Besitze seines Erblassers widerfuhr, nicht als Störung seines eigenen Besitzes ansehen und aus diesem Grunde das interd. uti possid. anstellen [2]).

1) Nur in Rücksicht der Usucapion wird vermöge einer Fiction der Besitz des Erblassers und der Besitz des Erben verbunden [l. 30. pr. D. ex quib. caus. maj. (4, 6), Savigny a. a. O. §. 28. S. 331 n. 2]; auch beim rechtlichen

Schutze der quasi possessio kömmt gewissermaßen eine accessio possessionis vor [l. 3. §. 6—10, l. 6. D. de itin. (43, 19), Savigny a. a. O. §. 46. S. 514—516]: wovon in der künftigen Abhandl. weitläuftiger gehandelt werden wird.

2) Etwas Anderes ist es freilich, wenn aus der Störung, welche dem Besitze des Erblassers widerfuhr, auch eine Störung des jetzigen Besitzes des Erben zu besorgen ist (§. 39.): dann kann dieser das Interdict auf eignen Namen anstellen.

§. 159.

Aus diesen Betrachtungen erhellet, daß das interd. uti poss. in dieser Hinsicht nicht active auf den Erben übergeht; was auch von den bewährtesten Rechtslehrern angenommen wird [1].

1) Menochius a. a. O. n. 57. seqq., Perez praeclect. in Cod. L. 8. tit. 6. n. 8., Berger elect. proc. poss. §. 34., Boehmer angef. Dissert. Cap. 1. §. 7., Huber praelect. ad J. d. interd. §. 8.

§. 160.

Anders verhält es sich aber mit dem Schaden, welcher durch die Störung dem Erblasser verursacht worden war (§. 133).

Da nämlich alle Rechte, sofern sie zum Vermögen des Erblassers gehören, also nicht bloß persönlich sind, durch den Erwerb der Erbschaft unmittelbar auf den Erben übergehen (§. 157), so wird auch das Recht des Erblassers, wegen der ihm widerfahrnen Besitzstö-

rung Schadenersatz zu fodern, auf den Erben übergetragen; es steht deswegen dem Erben ein Klagerecht gegen den Störer allerdings zu [1]).

1) Lauterbach colleg. Lib. 43. Tit. 17. §. 7., Berger elect. proc. poss. §. 34.

Auch die actio legis Aquiliae geht in Ansehung der Verfolgung des Schadenersatzes active auf den Erben über [l. 23. §. 8. D. ad L. A. (9, 2)].

§. 161.

Nun bleibt nur noch die zweite Frage zu beantworten übrig:

findet das interd. uti poss., welches gegen eine gewisse Person zustand, welches aber beim Leben derselben noch nicht angestellt worden war, gegen den Erben dieser Person Statt, mit andern Worten, geht das interdict. uti poss. passive auf den Erben über?

Zur Beantwortung dieser Frage wird Nachstehendes genügen.

§. 162.

Das factum turbationis, welches zur Anstellung des interd. uti poss. berechtigt, wird als ein maleficium angesehen; das interd. uti poss. ist ein Rechtsmittel, welches sich auf ein Delict gründet, und wodurch man den durch dasselbe verursachten Schaden rechtlich verfolgt [1]). Da nun Rechtsmittel der Art

nicht gegen den Erben als solchen zulässig sind [2]), so tritt das Nämliche beim interd. uti poss. ein.

Das „vim fieri veto" kann auch der Natur der Sache nach bloß gegen denjenigen ausgesprochen werden, welcher unmittelbar oder mittelbar die Störung vorgenommen hat, also nicht gegen den Erben, dem in dieser Hinsicht nichts zur Last fällt; nur dann, wenn derselbe die Störung fortsetzt, kann wegen dieser seiner eigenen Handlung das „vim fieri veto" anwendbar seyn.

Es ist daher unläugbar, daß das interd. uti poss. gegen den Erben des Störers als solchen keineswegs Statt findet, daß folglich dasselbe nicht passive auf den Erben übergeht [3]).

1) Siehe §. 25. §. 152. dieser Abh.; siehe auch Savigny a. a. O. §. 6. S. 32—33.

2) §. 1. J. de perpet. et temp. act. (4, 12), l. 35. pr. de oblig. et act. (44, 7).

Johann Ludwig Schmidt von Klagen §. 56. und Ernst Gottfried Schmidt Commentar darüber §. 55—56.

3) Boehmer tractat. allegat. Cap. 2. §. 7., Schmidt von Klagen §. 170., Thibaut P. R. §. 314.; siehe jedoch Müller ad Struv. exerc. 45. th. 119 .β.

§. 163.

Der Erbe ist indessen verbunden, dasjenige, was durch die vom Erblasser unternommene Störung auf

ihn gekommen ist (id quod ad eum pervenit) zu ersetzen, denn das Gesetz sagt:

> nec in heredem dandae sunt (honorariae actiones) ut tamen lucrum ei extorqueatur [1].

Dieses lucrum wird durch eine besondere Klage verfolgt [2].

1) l. 35. pr. de oblig. et act. (44, 7). Vergl. l. 38. l. 44. D. de R. J. (50, 17), l. un. C. ex delict. defunct. (4, 17), l. 1. §. 48., l. 3. pr. D. de vi (43, 16).

2) arg. leg. 1. §. 48. D. de vi (43, 16), Schmidt Commentar. §. 55. n. p., Böhmer angef. Dissert. cap. 2. §. 7. Das Nämliche tritt bei der actio legis Aquiliae ein, auch diese findet gegen den Erben nicht Statt, nisi forte ex damno locupletior factus sit [l. 23. §. 8. D. ad L. A. (9, 2)].

Da nach den in der Praxis angenommenen Grundsätzen des canonischen Rechts der Schade, welchen der Verstorbene durch sein delictum angerichtet hat, von dem Erben ohne Einschränkung, er mag sich dadurch reicher befinden oder nicht, gerade so wie jede andre Schuld, ersetzt werden muß (cap. 5. X. de rapt): so ist jetzt der Erbe verbunden, den von seinem Erblasser durch die Störung verursachten Schaden ohne die im römischen Rechte gemachte Einschränkung zu ersetzen (Böhmer a. a. O. cap. 2. §. 7).

IV. Ueber die Verjährung des interdictum uti possidetis.

§. 164.

In der bereits im §. 116. angeführten Formel des prätorischen Edicts „uti possidetis,“ welche in l. 1. pr. D. uti possid. (43, 17) enthalten ist, wird am Ende hinzugefügt:

> intra annum quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

Es ist dadurch für das interd. uti possid. eine Verjährungzeit vorgeschrieben, welche näher betrachtet werden soll.

§. 165.

Die Worte des Prätors:

> intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam

deuten an, daß das interdictum uti possidetis binnen einem anno utili angestellt werden muß [1]); was auch mit der Regel,

> nach welcher diejenigen prätorischen Rechtsmittel, durch welche aus dem prätorischen Edicte eine Strafe verfolgt wird, schlechterdings während eines anni utilis angestellt werden müssen [2])

völlig übereinstimmt, denn das interdictum uti possidetis ist ja eben ein solches prätorisches Rechtsmittel,

welches aus einem Delicte herrührt, und auf eine Strafe geht (§. 25.); das factum turbationis wird als ein maleficium angesehen, welches den Turbator verbindlich macht, dem Gestörten als Strafe omne id quod interest zu leisten [3].

Es ist daher ausgemacht, daß das interdictum uti possidetis binnen einem anno utili verjährt, d. h. der Störer kann nach Ablauf dieser Zeit nur noch auf Herausgabe dessen, was ihn bereichert, (auf Herausgabe der Bereicherung) belangt werden [4].

1) Siehe die Accursische Glosse, desgleichen Glück Commentar Th. 3. §. 269.a S. 501. Was unter einem annus utilis zu verstehen ist, wird hier als bekannt vorausgesetzt; siehe darüber Glück a. a. O.

2) l. 4. D. de interd. (43, 1), l. 35. pr. D. de O. et Act. (44, 7); Thibaut P. R. §. 1037.

3) Von den nämlichen Ansichten ist auch ausgegangen Donellus, indem er a. a. O. l. 15. c. 32. vom factum turbationis lehrt:

> haec vis, cum noceat alteri minuatque ejus possessionem maleficium est, si modo recte definivimus maleficium esse omne factum, quo male fit alteri, id est quo nocetur detrahiturque alteri injuria. Ejusque rei non obscurum argumentum est, quod supra diximus, hanc actionem continere persecutionem poenae non rei, unde intra annum tantum competit.

4) l. 4. D. de interd., l. 35. pr. D. de O. et A., Savigny a. a. O. §. 39. S. 432—433, Schmidt Com-

mentar über seines Vaters Lehrb. §. 172., Menochius a. a. O. n. 706.

So verjährt auch das interdictum de vi in einem anno utili (l. 1. §. 39. D. de vi, l. 2. C. eodem, Savigny a. a. O. §. 40. S. 473), aber ebenfalls nur in Betreff des Interesse, welches der dejectus wegen der dejectio fodern konnte, keineswegs hinsichtlich desjenigen, was der dejiciens durch die dejectio erlangt hat, so daß, wenn letzterer nach einem Jahre das usurpirte Grundstück noch besitzt, dasselbe immer durch das interdictum de vi von ihm zurückgefodert werden kann (Savigny a. a. O. §. 40. S. 473—474). Da nun das interdict. unde vi und das interd. uti poss. auf den nämlichen Gründen beruhen: so spricht auch schon dies dafür, daß die Verjährungszeit des erstern mit der Verjährungszeit des letztern übereinkömmt.

§. 166.

Mehrere, besonders practische Rechtsgelehrte nehmen geradezu an, daß hiebei ein annus plene continuus Statt finde. So sagt Gottschalk [1]):

„Equidem lubenter fateor, in definiendo
„spatii annalis initio rem facili negotio
„expediendam esse, cum per se pateat,
„experiundi potestatem originem ducere
„inde a facto turbativo, ideoque ab hoc-
„ce momento annum istum computari
„debere. Nec de eo dubitatur, quod in
„Saxonia quoque annus civilis, qui quin-
„quaginta duobus hebdomadibus contine-

„tur in hoc juris articulo subintelligatur,
„siquidem ex jure Romanorum honorario
„temporis istius descendit definitio;“

was sich aber mit den Gesetzen nicht zusammen reimen läßt. Diese Behauptung widerspricht vielmehr der in dem prätorischen Edicte vorkommenden Clausel:

quo primum experiundi potestas fuerit —

wodurch der annus utilis ausdrücklich vorgeschrieben wird (§. 165.); dieselbe widerspricht auch der Regel, nach welcher, wenn von prätorischen Klagen die Rede ist, eine schlechthin vorgeschriebene Zeit im Zweifel für ein tempus utile gehalten werden muß [2].

1) Selecta disceptationum forensium capita (Dresdae 1816) Tom. I. Cap. 23. S. 211; siehe auch die daselbst S. 210. Anmerk. c. angeführten Rechtslehrer.

2) Glück a. a. O. Th. 3. §. 269. a. S. 506—507, Thibaut a. a. O. Th. 1. §. 129., Dabelow über die Verjährung Th. 2. S. 187. S. 209. S. 228.

§. 167.

Nicht allein über die Berechnung der beim interdictum uti possidetis vorgeschriebenen praescriptio annalis, sondern auch selbst über die Kraft und Wirkung derselben finden unrichtige Ansichten Statt.

So sagt Hommel [1]:

Caeterum annum possessioni praefinitum, intra quem agere debeas, nisi adversarium in possessionem ve-

nire velis, non Saxonicum esse sed civilem, bis pronunciavimus.

Derselbe legt also die fragliche praescriptio so aus:

„läßt der gestörte Besitzer ein Jahr verstreichen,
„ohne gegen den Störer das interd. uti poss.
„anzustellen: so wird für erstern in Ansehung
„der Unbeschränktheit seines Besitzes ein Besitz
„verloren, und von Seiten des letztern ein Be-
„sitz erlangt."

Eine solche Deutung würde den römischen Gesetzen geradezu entgegenlaufen. Denn die fragliche Verjährung bezieht sich, wie wir gesehen haben, lediglich auf das vergangene factum turbationis und auf den deshalb zu leistenden Schadenersatz: wegen jeder neuen Anmaßung findet das interd. uti poss., selbst nach Ablauf des Jahres, mit voller Wirkung wiederum Statt.

Hatte A, welcher von B in seinem Besitze gestört worden war, unterlassen, binnen einem Jahre deswegen zu klagen, so ist zwar in Ansehung jener Störung das interdictum uti poss. in der im §. 165. gedachten Art verjährt; unternimmt aber B in der Folge, selbst nach Ablauf des Jahres, eine neue ähnliche Störung, so steht dem A das interd. uti possid. allerdings wiederum zu.

1) Hommel Rhaps. obs. 178, 4; siehe auch Gottschalk select. discept. forens. T. 1. cap. 23. a. E., der daselbst ein Erkenntniß vom sächsischen Oberappellationsgerichte anführt, in welchem gesagt wird:

„Denn schon nach Römischem Rechte (l. 1. pr. π. uti pos-„sidetis), was auch im Gerichtsbrauche noch befolgt wird, „muß das interdictum uti possidetis oder possessorium „summariissimum innerhalb eines gemeinen Jahres von „Zeit der Turbation angerechnet erhoben werden, weil au-„ßerdem durch einjährige Beruhigung bei der Turbation „der Gegner in eine jährige ruhige possessionem juris „prohibendi gekommen, also der neueste Besitz des Klägers „verloren gegangen, und daher eine Klage auf dessen Bei-„behaltung nicht mehr statthaft, sondern verjährt seyn „würde."

§. 168.

Aus den bisherigen Erörterungen folgt:

1) die in l. 1. pr. D. uti poss. verordnete Verjährungszeit enthält nicht einen annum continuum, sondern einen annum utilem [1];

2) durch jene Verjährung an und für sich geht nichts vom Besitze selbst und dem rechtlichen Schutze, welcher demselben gebührt, verloren; jene Verjährung bezieht sich nicht auf neue facta turbationis oder fortdauernde und fortgesetzte Störungen. Friderus Mindanus [2]) drückt dies so aus:

— ex quibus causam turbationis et possessionis concernentia perpetua sunt ad agendum —

— de eo tamen quod ereptum vel ablatum fuerit vel ex turbatione ad reum pervenerit, non secus ac de ipsa turbatione perpetuo agi potest; —

auch Perez[3]) sagt:

caeterum de turbatione perpetua et continua, ut et de eo, quod ad turbatorem pervenit, semper potest agi.

Lauterbach [4]) lehrt in dieser Hinsicht:

Turbatione enim durante etiam post annum conceditur, nam turbationis et possessionis causam concernentia sunt perpetua. —

Diejenigen, welche das Gegentheil behaupten [5]), verkennen daher offenbar die hier entwickelte rechtliche Natur dieser praescriptio annalis [6]).

1) Justinian hat das vorgeschriebene tempus utile keinesweges im Allgemeinen abgeschafft und in ein continuum verwandelt; siehe Glück a. a. O. §. 269. S. 507, S. 508. Dabelow a. a. O. Th. 2. S. 187, S. 209, S. 228. Schweppe a. a. O. §. 146.

2) Tractat. de Interd. Tit. VII. cap. II. n. 2. 3.

3) Praelect. in Cod. Lib. 8. Tit. 6. n. 18.

4) Colleg. theoret. pract. Lib. 43. Tit. 17. §. 13.

5) Daß es derer mehrere giebt, bemerkt auch schon Mindanus, indem er a. a. O. sagt:

quamvis quidam indistincte velint, quod turbatus vel impeditus in possessione sua intra annum et diem de turbatione et impedimento debeat conqueri, quia elapso anno non admitteretur, et forte caderet ab instantia et possessione sua (Masuer. prax. de petit. n. 13. per Barth. l. si duo in princ. hoc tit. et l. 1. de nov. op. nunc. in 7. quaest.).

6) In der französischen Jurisprudenz herrschte von jeher eine eigenthümliche (irrige) Ansicht von der praescriptio annalis des interd. uti poss. und des interd. unde vi — welche unfehlbar auch zu dem, selbst in der neuen französischen Gesetzgebung, aufgenommenen Satze:

daß der zu schützende Besitz ein Jahr alt seyn müsse —

Veranlassung gegeben hat. (Bigot de Préameneu Exposé des motifs du projet de loi rélatif à la préscription. Vol. VI. p. 302. — Domat Loix civiles III. 7., Sect. 1. §. 18. und Sect. 2. §. 30). —

Eine ursprünglich unrichtige Ansicht dieser praescriptio annalis von Seiten vieler älteren sächsischen Rechtslehrer hat auch wohl mit zur Disposition des sächsischen Rechts beigetragen, nach welcher bei Rechten nur der einjährige Besitz possessorischen Schutz erhält (Proc. Recog. Append. §. 19., ingleichen Kind quaest. for. T. III. cap. 15.).

Sonderbare Ansichten von dieser praescriptio annalis hat auch Westphal a. a. O. §. 222. und Spangenberg Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz §. 193. S. 282.

Beide verwechseln mit dieser praescriptio annalis die Vorschrift des römischen Rechts „daß derjenige, welcher „im Besitze der servitus itineris, actus, viae, aquae quo„tidianae vel aestivae ducendae, aquae hauriendae ge„schützt seyn will, dieselbe in dem verflossenen Jahre „resp. in den letzten anderthalb Jahren von der

„Klage angerechnet ausgeübt haben muß.“ — Lange a. a. O. B. 2. §. 320. sagt, es sey unrichtig, wenn man diese Verjährung bloß auf die Foderung des Schadenersatzes bezöge; er stellt demnach nicht weniger ganz eigene Ansichten in Betreff dieser Verjährung auf. — Dies alles wird in der künftigen Abhandlung über den Schutz des Besitzes unkörperlicher Sachen näher beleuchtet werden.

Druckfehler.

Seite	3	Zeile	1	von oben lies: noxal. statt noxul.
—	8	—	1	von oben lies: D. statt De.
—	12	—	2	von oben lies: §. 2. §. 10. statt p. 2. p. 10.
—	13	—	10	von oben lies: φιλονεικία statt φιλονεικίαι.
—	16	—	2	u. 3 von oben lies: (ex continenti — in ipso congressu —) statt (ex continenti in ipso congressu).
—	20	—	12	von oben lies: interdicta statt inderdicta.
—	27	—	7	von unten lies: §. 2 §. 10. statt p. 2. p. 10.
—	46	—	14	von oben: nach ad Pand. ergänze P. II.
—	52	—	4	von oben lies: §. 29. statt §. 28.
—	61	—	11	von oben: setze nach vi ein Punctum.
—	65	—	7	von unten lies: Hufeland st. Hufland.
—	68	—	1	von oben lies: Hufeland st. Hufland.
—	93	—	1	von unten: ergänze hinter fide ein Komma.
—	95	—	9	von unten: ist das Komma nach bestehende zu streichen.
—	96	—	16	von oben lies: n. ε. statt n. E.
—	96	—	17	von oben lies: n. μ. statt n. u.
—	126	—	13	von unten: setze nach clam ein Komma.
—	127	—	3	von unten lies: de statt uti.
—	134	—	11	von unten lies: num. 242—246 st. §. 242—246.
—	137	—	9	von unten: vor bezieht ergänze sich.
—	143	—	9	von oben lies: §. 62. §. 73. st. §. 62—73.
—	146	—	10	von oben: ist nach sufficit das Komma zu streichen und hinter ei zu setzen.
—	164	—	9	von unten: ergänze zu vor subsumiren.
—	190	—	1	von oben lies: einen statt einem.
—	198	—	13	von oben lies: Hufeland st. Hufland.

Halle, gedruckt in der Ruffschen Buchdruckerey.

de la Haye.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Albert, Carl

Über das Interdictum icti possidetis der Römer, als die richtige Grundlage zur Erkenntniß des heutigen possessorium summarissimum und possessorium ordinarium

Halle 1824

J.rom.m. 2 n
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566425-0